

nº 44

Cuarto Trimestre. Año 2012



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

asociacionabogadosrcs.org

Responsabilidad civil por daños personales causados en accidentes acaecidos en establecimientos abiertos al público

Doctrina jurisprudencial reciente sobre el error de abogado

La futura tarifa unisex para el cálculo de la prima de los seguros: ¿Más igualdad jurídica o menos sentido común?

Una valoración económica de los accidentes de tráfico: La necesidad del peritaje actuarial en las Sentencias del Tribunal Supremo

Solo si solicita sus ejemplares a través de
buzon@bosch.es
hasta el 31 de enero de 2013

... beneficiarse de un
10% de descuento
por ser miembro de la
Asociación

BOSCH

TOXICOLOGÍA FORENSE. DAÑO CORPORAL O PSICO-FÍSICO. DAÑO CEREBRAL ADQUIRIDO

INFORMACIÓN EXHAUSTIVA SOBRE ESTA OBRA EN tienda.bosch.es



Toxicología Forense. Daño Corporal o Psico-físico. Daño Cerebral Adquirido
Delgado Bueno (Dir.) / Bandrés Moya / Medina Crespo / Torrecilla Jiménez

Dentro del Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses, único texto en lengua hispana que agrupa todos los temas que tienen que ver con la medicina legal, medicina social y el derecho, se incluye el tomo 2.º que ahora se publica.

En este volumen se dan cita temas trascendentales en las dos secciones que lo conforman.

En primer término tenemos la sección de Toxicología Forense y de las drogas de abuso, así como otras cuestiones, no menos importantes, como son los aspectos toxicológicos y jurídicos del dopaje, los temas sobre intoxicaciones industriales o toxicología medio-ambiental o los relativos a la alcoholemia y su análisis médico.

La segunda parte del tomo 2.º analiza la valoración del daño corporal y del daño cerebral.

Tras un primer bloque relativo a la medicina del tráfico, la aptitud para la conducción de vehículos a motor o los temas de biomecánica del accidente de circulación se da paso a un segundo apartado en donde se examina el daño corporal, aportando un estudio comparativo de los cinco baremos al uso en nuestro país que resultará de gran ayuda para todos los profesionales en orden a una mejor y más exacta valoración de las lesiones (médicos, abogados, jueces...), pudiendo comparar fácilmente las diferentes lesiones y secuelas mediante la consulta rápida de una tabla –inédita hasta ahora– que se incluye en el capítulo 100.

La tercera parte de esta sección de valoración, se refiere en exclusiva al escasamente estudiado Daño Cerebral. Finalmente, unos temas sobre medicina legal del seguro (tablas sobre valoración del riesgo y seguros de vida, accidentes, incapacidad y dependencia), dan paso a la Responsabilidad profesional del perito. Como siempre, a través de la plataforma www.digital.bosch.es se puede consultar documentación complementaria a esta obra (documentos, sentencias, imágenes, etc.).

Precio Ant.: 288,00 € + IVA

Precio por ser miembro de
la Asociación: 259,2 € + IVA

Nº de páginas: 1692

Edición: 2012

ISBN: 9788497905695

Colección: Tratado de
Medicina Legal y Ciencias
Forenses

Encuadernación: Cartoné

SOLICITE SUS EJEMPLARES HASTA EL 31 DE ENERO A:
buzon@bosch.es

... beneficiarse de un **10%** de
descuento por ser miembro de la
Asociación

ahora
259,2 €
+ IVA



nº44

Cuarto Trimestre. Año 2012



**REVISTA DE LA
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA
DE ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO**

asociacionabogadosrcs.org

SUMARIO REVISTA Nº 44

EDITORIAL

En el Congreso de los Diputados: Consecución de otro objetivo

Por *Javier López y García de la Serrana* 5

DOCTRINA

- Responsabilidad civil por daños personales causados en accidentes acaecidos en establecimientos abiertos al público

Pepa Corbacho Ramírez 9

- Doctrina jurisprudencial reciente sobre el error de abogado

Joaquim Martí Martí 23

- La futura tarifa unisex para el cálculo de la prima de los seguros: ¿Más igualdad jurídica o menos sentido común?

Alfredo Betés de Toro 31

- Una valoración económica de los accidentes de tráfico: la necesidad del peritaje actuarial en las Sentencias del Tribunal Supremo

Juan de Dios Jiménez Aguilera 35

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 10 de septiembre de 2012.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Recíproca colisión entre dos vehículos de motor sin prueba de la contribución causal de cada uno de ellos. Atribución de responsabilidad 47

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 13 de septiembre de 2012.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Accidente de tráfico. Acción ejercitada por los padres de la víctima vía hereditaria y no en su condición de perjudicados. Indemnización procedente por las lesiones y secuelas de una persona que al tiempo de solicitarse ya había fallecido como consecuencia de un accidente de tráfico. Legitimación de los demandantes 59

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 15 de octubre de 2012.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Acción de cumplimiento del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional instada por dos médicos a los que se condena solidariamente a indemnizar a un menor y a sus padres por las lesiones ocasionadas a aquel como consecuencia del actuar imprudente de los mismos. Se estima la referida acción al considerar que lo que se produjo fueron dos siniestros al haber dos comportamientos profesionales distintos, por lo que la aseguradora debe hacer frente a la totalidad de la cobertura 69

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 19 de octubre de 2012.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Imposición de oficio de los intereses del artículo 20 de la LCS. A pesar de no haber sido solicitados por el demandante, se condena a la aseguradora al abono del interés del artículo 20 de LCS, determinando el Tribunal Supremo su aplicación desde la fecha del siniestro dada la distinta naturaleza respecto de los intereses legales inicialmente concedidos..... **77**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 4 de diciembre de 2012.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación por los daños ocasionados en los inmuebles de los demandantes debido a las obras ejecutadas en un edificio colindante, declarándose la responsabilidad del arquitecto superior y de su aseguradora. Se condena igualmente a la aseguradora al pago de los intereses del artículo 20 de la LCS, al entender que no se han cumplido los requisitos para eximir de dicho pago..... **83**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 4 de diciembre de 2012.
RESPONSABILIDAD CIVIL: Reclamación de la SGAE por intromisión ilegítima al honor frente al propietario de una página web, como consecuencia de las críticas vertidas por terceros en la misma. Se considera a aquel responsable de los comentarios pero no se estima la reclamación al prevalecer en este supuesto el ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor de la demandante, al proyectarse las críticas sobre aspectos de indudable interés público..... **93**

PERLAS CULTIVADAS

Pronunciamientos relevantes

Por José M^a Hernández-Carrillo Fuentes..... **107**

ENTREVISTA A...

Lutz Carlos Moratinos Meissner

Por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán..... **117**

NOTICIAS

- ➔ Jornada 50º aniversario de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Madrid 29 y 30 de Noviembre de 2012..... **119**

- ➔ Presentación de la Asociación ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados..... **122**

EDITA:

Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro
C/Trajano, 8, Esc. 1ª - 1ºC · 18002 Granada · Tel.: 902 361 350
C.I.F.: G-18585240

PRESIDENTE:

Mariano Medina Crespo

DIRECTOR:

Javier López y García de la Serrana

SUBDIRECTORA:

M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

COORDINADORA DE CONTENIDOS:

Diana Martín Fernández

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Javier López y García de la Serrana, Mariano Medina Crespo, Andrés Cid Luque, José María Hernández-Carrillo Fuentes, Andrés López Jiménez, Fernando Estrella Ruiz, José Félix Gullón Vara, María Fernanda Vidal Pérez, José Manuel Villar Calabuig, Josep Viella i Masségú, Carmelo Cascón Merino, Isidro Tormos Martínez, Víctor Martín Álvarez, Ubaldo González Garrote, Samuel Pérez del Camino Merino, Guillermo Muzas Rota, Celestino Barros Pena, Pedro Méndez González, Pedro Torrecillas Jiménez, José Luis Nava Meana, Javier Muro Insausti, Susana Sucunza Toticagüena y José Antonio Badillo Arias.

MIEMBROS DE HONOR:

Mariano Yzquierdo Tolsada, Miquel Martín Casals, Fernando Pantaleón Prieto, Jesús Fernández Entralgo, Eugenio Llamas Pombo, Ricardo de Ángel Yágüez, José Manuel de Paúl Velasco, Fernando Reglero Campos (), Miguel Pasquau Liaño, Juan Antonio Xiol Ríos y José Manuel López García de la Serrana.*

DISEÑO:

*Aeroprint Producciones S.L.
Tlf. 958 292 739 • info@aeroprint.es*

IMPRIME:

*Aeroprint Producciones S.L.
www.aeroprint.es*

D.L. GR-1228/02

ISSN 1887-7001



asociacionabogadosrcs.org

En el Congreso de los Diputados: Consecución de otro objetivo

por **Javier López y García de la Serrana**
Director

Acaba de finalizar el año 2012 y a finales del mismo tuvieron lugar un par de eventos en los que participó nuestra Asociación y que entiendo que merece la pena valorar. El primero de ellos fue la organización, junto con Inese, de una Jornada conmemorativa del 50 aniversario de Ley 122/1962, sobre uso y circulación de vehículos a motor, la actual Ley sobre Responsabilidad Civil Seguro y Circulación en los Vehículos a Motor, que tuvo lugar los pasados días 29 y 30 de noviembre en Madrid y de la que tienen cumplida información en el apartado de noticias de esta revista, pues entendíamos oportuno celebrar los cincuenta años de la regulación normativa de la responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor, donde se analizaron algunos de los puntos más relevantes y controvertidos de dicha ley a lo largo de su medio siglo de vida, así como de lo que se espera de su anunciada reforma.

El segundo evento importante para nuestra Asociación fue la recepción realizada a la Junta directiva de la misma por parte de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Dicha recepción tuvo lugar el pasado 29 de noviembre en uno de los salones del Palacio de las Cortes, a la que asistieron el propio presidente

de dicha Comisión de Justicia del Congreso, el Diputado **ALFREDO PRADA PRESA**, el portavoz del Partido Popular en la Comisión de Justicia, **JOSÉ MIGUEL CASTILLO CALVÍN**, el portavoz del Partido Socialista Obrero Español, **ÁLEX SÁEZ JUBERO**, así como la secretaria de la Comisión de Justicia, entre otros miembros. Se da la circunstancia de que tanto el portavoz del Partido Popular en la Comisión de Justicia, **JOSÉ MIGUEL CASTILLO CALVÍN**, como el portavoz del Partido Socialista Obrero Español, **ÁLEX SÁEZ JUBERO**, son abogados y miembros de nuestra Asociación desde hace muchos años. Por parte de la Asociación asistieron la práctica totalidad de los miembros de la Junta Directiva, así como la subdirectora de nuestra revista, **M^a CARMEN RUIZ-MATAS ROLDÁN**, el coordinador del servicio de arbitraje de nuestra Asociación, **ANTONIO RAVENTÓS RIERA**, y el coordinador de nuestra Asociación con las distintas asociaciones de víctimas de accidentes de circulación, **JOSÉ PÉREZ TIRADO**.

En dicha reunión se presentó por mi parte, como secretario general de la Asociación, la labor realizada en estos más de 11 años de vida, regalándole a cada uno de los miembros de la Comisión de Justicia asistentes un libro de ponencias del último Congreso Nacional celebrado en Cádiz, así como un ejemplar del último número de nuestra revista y esbozándoles los fines de nuestra Asociación reflejados en el artículo Tercero de nuestros Estatutos, y muy especialmente el apartado Segundo de nuestros objetivos: *“El establecimiento de una relación de comunicación con las distintas Administraciones Públicas, de forma tal, que la Asociación se convierta en transmisora de opiniones, análisis e informes, en aras a la consecución de sus fines. Muy particularmente, la Asociación brindará su colaboración para intervenir en el estudio de normas en proyecto, y emitir informes en el proceso de elaboración de disposiciones de*



carácter general", y por último expresándole la gratitud por habernos recibido.

Posteriormente tomó la palabra nuestro presidente, **MARIANO MEDINA CRESPO**, que explicó la situación actual de in pas en la que se encuentra la Comisión de Reforma del Sistema legal valorativo creada por los Ministerios de Justicia y Hacienda, realizando un amplio alegato sobre la conveniencia de que la misma no se demore. A continuación lo hizo nuestro compañero **JOSÉ PÉREZ TIRADO**, que en nombre de nuestra Asociación hizo un llamamiento a que la reciente Ley de Tasas tuviera presente la situación tan especial de las víctimas de accidentes, en especial aquellas con secuelas permanentes graves y necesidad de ayuda de otra persona. Y por último el presidente de la Comisión, el Diputado **ALFREDO PRADA PRESA**, nos felicitó por la labor desarrollada durante todos estos años, agradeciéndonos la presentación realizada ante la referida Comisión de Justicia y manifestando su intención de tener siempre muy presente nuestras aportaciones y peticiones.

Las palabras finales del presidente de la Comisión de Justicia pueden considerarse como un presagio, pues poco más de un mes después de esta reunión, el Consejo de Ministros del pasado 11 de enero aprobó el anteproyecto de la nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que sustituye a la de 1996 y que, entre otras cosas, eleva los umbrales de renta para ampliar el número de beneficiarios, aunque también crea nuevos límites

para evitar "abusos". Entre ellos, la fiscalización de renta y patrimonio de quienes soliciten la asistencia gratuita. El anteproyecto trata de paliar, por otra parte, algunas de las situaciones creadas por la reciente y polémica Ley de Tasas: así, declara beneficiarios de justicia gratuita y por tanto exentos de tasas (y con abogado y procurador pagado por la Administración) a las víctimas de violencia de género, las del terrorismo y las de trata de personas, como ya se había anunciado, pero también -y esto se ha introducido a última hora- a quienes inicien un pleito por los daños producidos por un accidente que genere secuelas permanentes. Efectivamente, en el texto definitivo del Anteproyecto aprobado este mes se ha añadido además algo que no estaba antes, no sabemos si en base a nuestra petición y la de las víctimas, que es el incluir entre los beneficiarios de justicia gratuita independiente de su nivel de

Nos sentimos orgullosos de que además de once años con el primero de los obj en los Estatutos, como es la promoción y publicaciones, relacionados con cuales sobre Responsabilidad Civil y Seguro segundo de los mismos, al haber establecido la principal Administración del Estado



renta, a "las víctimas de accidentes que sufran secuelas permanentes, tanto cuando les impidan desarrollar su actividad habitual, como cuando requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más elementales. Ello les permitirá reclamar, con el beneficio de este derecho por las indemnizaciones que les correspondan por los daños personales y morales sufridos". Desde el Ministerio de Justicia subrayan que esa referencia a víctimas de "accidente" incluiría también (aunque no está dicho así en el anteproyecto) los pleitos contra negligencias médicas. Aunque por supuesto, eso no se aplicará todavía, porque las tasas están en vigor y esta ley que exime a esos colectivos no lo está.

Por último, hace sólo unos días, el portavoz del Partido Popular en la Comisión de Justicia del Congreso, el Diputado **JOSÉ MIGUEL CASTILLO**

CALVÍN (al que por cierto entrevistamos en el número 41 de esta revista), me transmitió personalmente la importancia de la reunión mantenida a finales de noviembre con la referida Comisión de Justicia, pues hizo que se comentara en la misma la necesidad de contar con nuestra Asociación como transmisora de opiniones doctrinales, siempre referidas a normas en proceso de elaboración relativas a nuestra materia, y todo ello mediante la emisión y traslado de los correspondientes informes que estimáramos oportunos. Fruto de ello es el encargo recibido para la emisión de un informe sobre el anteproyecto de la mencionada nueva Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, en aquello que se refiere a concretar y desarrollar el derecho a ser beneficiario de la mencionada justicia gratuita, independiente de su nivel de renta, de las víctimas de accidentes que sufran secuelas permanentes, determinando para ello qué alcance deben tener dichas secuelas permanentes, perfilando los términos previstos en el anteproyecto que hacen referencia a "tanto cuando les impidan desarrollar su actividad habitual, como cuando requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más elementales", debiendo concretarse estos extremos al objeto de no generar confusión en los mismos.

Sinceramente, nos sentimos orgullosos de que además de venir cumpliendo desde hace más de once años con el primero de los objetivos de nuestra Asociación, previstos en los Estatu-

s de venir cumpliendo desde hace más objetivos de nuestra Asociación, previstos y difusión de estudios, investigaciones aspectos técnicos del Derecho o, cumplamos también ahora con el decidido una relación de colaboración con que es el Congreso de los Diputados



De izquierda a derecha: Javier López y García de la Serrana, Secretario General de la Asociación; Alfredo Prada Presa, Diputado y Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados; Mariano Medina Crespo, Presidente de la Asociación; José Miguel Castillo Calvín, Diputado y portavoz del PP en la Comisión de Justicia; y Álex Sáez Jubero, Diputado y portavoz del PSOE en la Comisión de Justicia, siendo estos dos últimos miembros de nuestra Asociación.

tos de la misma, como es la promoción y difusión de estudios, investigaciones y publicaciones, relacionados con cualesquiera aspectos técnicos del Derecho sobre Responsabilidad Civil y Seguro, cumplamos también ahora con el segundo de los mismos, al haber establecido una relación de colaboración con la principal Administración del Estado, que es el Congreso de los Diputados. Por supuesto que también cumplimos otros objetivos que figuran a continuación en nuestros estatutos, como es la colaboración *ratione materiae* con los Colegios de Abogados y Consejo General de la Abogacía, el fomento de la colaboración recíproca entre nuestros asociados, la realización de arbitrajes mediante la reciente creación de nuestro servicio arbitral coordinado por nuestro compañero **ANTONIO RAVENTÓS RIERA**, o el intercambio con otras Asociaciones similares, españolas y extranjeras, como la realizada con la Asociación Hispano Alemana de Juristas.

Aprovechando esto último, no quisiera acabar sin hacer referencia a la interesante ponencia que el compañero **LUTZ CARLOS MORATINOS MEISSNER**, miembro de la Junta Directiva de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas, impartirá en el próximo I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños que se celebrará en Granada en el mes de Marzo, junto a un mag-

nífico elenco de profesionales en la materia, del que tienen cumplida cuenta en la contraportada de esta revista y en nuestra web, y en cuya organización ha participado ampliamente nuestra Asociación. La referida ponencia versará sobre la valoración del daño en la legislación y jurisprudencia alemana, con especial enfoque en la reclamación de daños por residentes en estados distintos al lugar del accidente ante los Tribunales de su país. Un tema que también va a dar mucho que hablar en los próximos años, una vez que ya se viene aplicando de forma habitual la previsión contenida en “Roma II”, por la que se está juzgando en el país de la víctima la determinación de la indemnización que le corresponde por un accidente de circulación ocurrido en otro país de la Unión Europea, y que va a motivar que se intente cada vez más la unificación de criterios de valoración del daño, evitando así resultados dispares según qué legislación es aplicable, pues como dice el compañero **LUTZ CARLOS MORATINOS MEISSNER** en la entrevista que publicamos al final de esta revista, “no es de recibo que el lesionado, dependiendo del lugar del accidente –y mucho más cuando no tiene culpa en el mismo– reciba o no una indemnización o esta difiera sustancialmente”.

Enero 2013

Responsabilidad civil por daños personales causados en accidentes acaecidos en establecimientos abiertos al público

Pepa Corbacho Ramírez
Abogada

I. Introducción

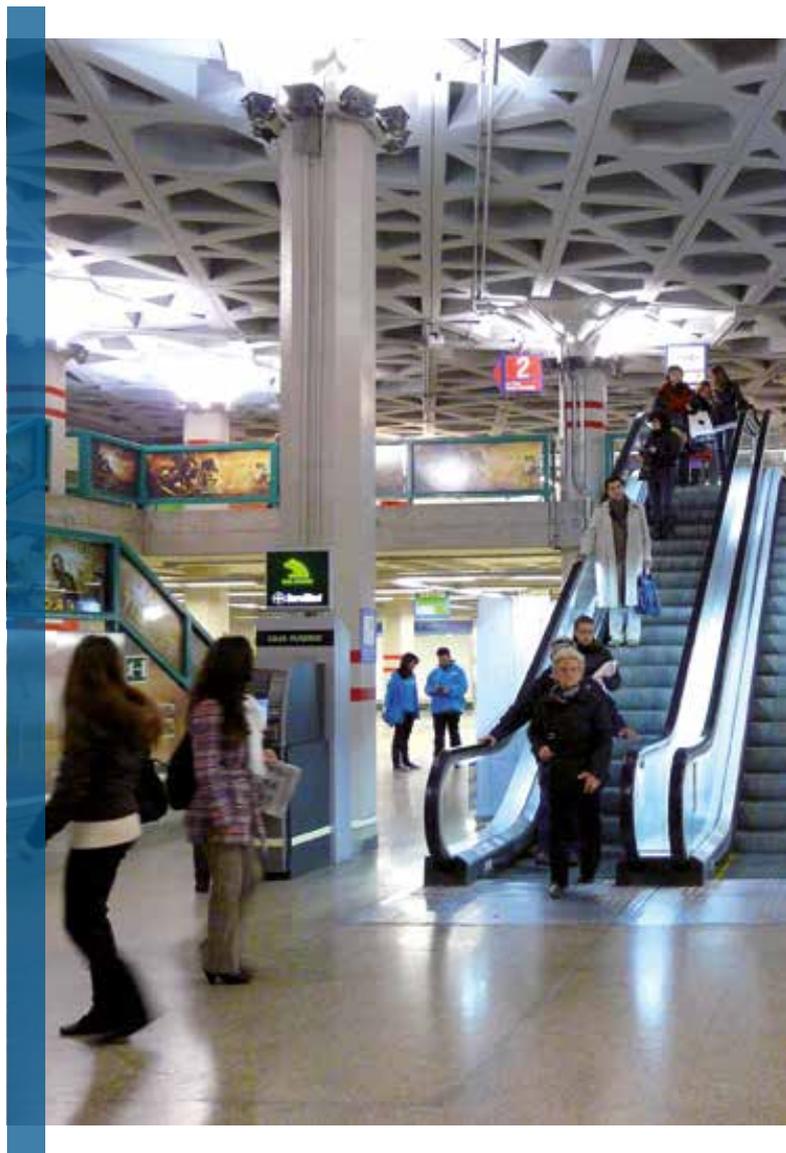
Trataremos sobre la posibilidades de aplicación a este tipo de siniestros del régimen de responsabilidad establecido en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias aprobada por RDLeg. 1/2007 de 16 de noviembre, concretamente su libro tercero “La responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”.

La normativa especial de consumidores y usuarios se viene aplicando desde hace años con asiduidad y sin demasiados problemas en materia de productos defectuosos, donde la regulación se ha concretado y desarrollado en mayor medida, así, mientras para los productos defectuosos la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984 fue sustituida por la Ley 22/94 de 6 de julio, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, que venía a transponer la Directiva 85/374/CEE, en cambio, respecto de los servicios, hasta la aprobación del Texto Refundido de 2007, se-

guía aplicándose la LGDCU, concretamente sus arts. 26 a 28, y ello porque, a nivel comunitario no ha sido posible, en el campo de la prestación de servicios, aprobar ninguna directiva ni normativa horizontal en materia de seguridad de los servicios ni, por ende, de la responsabilidad por los daños causados en la prestación de los mismos, siendo el panorama europeo de lo más heterogéneo.

Para centrar debidamente el tema hay que precisar, en primer lugar que, en materia de prestación de servicios, es factible la aplicación de los criterios de que aquí trataremos en aquellas actividades organizadas empresarialmente o enfocadas al público en general, no así a actividades relacionadas con la prestación de servicios profesionales, pues sólo en el primero de los casos encontramos las necesarias similitudes para poderles aplicar un régimen pensado para productos defectuosos, concurre en ellas, a diferencia de los servicios prestados por profesionales, el factor del “riesgo masivo” ya que, en palabras de **PASQUAU LIAÑO, M.**, *“Si una persona realiza una conducta que, según estimaciones objetivas, tiene un 1x1000 de posibilidades de ocasionar un daño, y no adopta medidas de precaución para evitarlo, no obra negligentemente, sino razonablemente (...) Pero si una persona organiza una actividad que, en cada prestación u ocasión tiene ese mismo porcentaje de producción del daño (uno por mil), pero está concebida para ser realizada más de mil veces, entonces es estadísticamente seguro que va a producirse el daño. Esto quiere decir que está llevando a cabo una actividad legítima con la que se va a prestar una utilidad al público y va a obtener un beneficio, pero que en términos estadísticos es seguro que va a causar un número más o menos predecible de daños. (...) El matiz está en la repetición y consiguiente multiplicación del riesgo: en la medida en que la actividad está diseñada para repetirse o reiterarse, el fabricante o el prestador de servicios habrán de concebir también un nivel de seguridad más exigente”* (**PASQUAU LIAÑO, M.** “El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios”).

Por otra parte, conviene recordar que las Comunidades Autónomas tienen amplias competencias en materia de regulación sobre consumidores y usuarios, sin embargo, estas competencias en modo alguno afectarían a la materia que aquí tratamos, más allá de que el incumplimiento de la normativa reguladora de cada actividad, siempre va a implicar incumplimiento del deber de diligencia, ahora bien, puede haber responsabilidad aunque se haya cumplido dicha normativa, pues es conocida la doctrina juris-



prudencial que establece que el cumplimiento de las normas reglamentarias no excluye, por sí mismo, la responsabilidad, en todo caso, y a ésto es a lo que íbamos, las normas relativas a la responsabilidad civil son competencia exclusiva del Estado a tenor de lo establecido en el art. 149.6ª y 8ª.

2.- De los títulos de imputación

La jurisprudencia ha repetido hasta la saciedad que el riesgo no puede erigirse como título de imputación salvo en actividades anormalmente peligrosas, negando asimismo la posibilidad de invertir la carga de la prueba, todo ello, en aplicación del art. 1.902 del CC; ahora bien, si acudimos al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios nos encontramos con que el art. 147 viene a disponer que *“Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que pue-*



ben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza de la obligación”, con lo que estaríamos ya en presencia de un criterio de imputación subjetivo pero con inversión de la carga de la prueba, o como se denomina por algunos autores de “culpa presunta”. Un paso más se da con el art. 148 que establece una responsabilidad objetiva: “Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario”, a renglón seguido, este mismo artículo incluye una serie de actividades o servicios a los que “en todo caso” se aplicará este régimen de responsabilidad objetiva.

Ciertamente, la inversión de la carga de la prueba que se establece en el art. 147 TRDCU bien pudiera carecer de virtualidad práctica, convirtiéndose en un bienintencionado principio general carente de efectividad para el demandante en la medida en que a éste, aún eximiéndole de la acreditación de la culpa del demandado, sí se le va a exigir cumplida prueba del nexo causal, por tanto, salvo que pudiéramos interpretar que en aplicación del art. 147 al perjudicado le basta con probar la relación causal entre el daño y la prestación del servicio, el principio de inversión probatoria podría quedar vacío de contenido por falta de delimitación de los contornos para saber dónde acaba la prueba del nexo causal y empieza la de la culpa, o como decía **PERTIÑEZ VILCHEZ, F.**, “*En este juego, prueba de la causa-prueba de la no culpa, mientras no se estipule hasta dónde debe llegar la víctima en la prueba de la causalidad para traspasar al prestador de servicios la carga de la prueba exoneratoria de la observancia de una diligencia máxima, el juzgador puede utilizar esta norma a modo de cremallera, subiendo o bajando el límite del rigor de la prueba de la relación causal que exija a la víctima para restringir o ampliar la responsabilidad del prestador de servicios*”.

Nos centramos ahora en determinar las condiciones exoneratorias de la responsabilidad del prestador de servicios o lo que es lo mismo, el estándar de diligencia que le es exigible. El art. 11 del TRDCU impone el deber de seguridad de bienes y servicios disponiendo que “1.- Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros.

2.- Se consideran seguros los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas”.

Debemos hacer un paréntesis para poner de manifiesto la crítica que por la doctrina se hace de este artículo 11 TRDCU, por incurrir en un exceso en el mandato de la delegación al Gobierno para aclarar, armonizar y refundir los textos legales vigentes hasta la redacción del Texto Refundido, exceso que podría llevar al Juzgador a la inaplicación del mismo (ATC 69/83, de 17 de febrero “... pertenecen al ámbito normal de poderes del Juez –también del Magistrado de Trabajo– el inaplicar los Decretos

Legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso el rango de ley”); **IZQUIERDO CARRASCO** considera que el art. 11.2 TRDCU incorpora una noción de producto y servicio seguro que va más allá de lo que se recogía en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios “*Es esta noción de producto y servicio seguros la concreción de mayor relevancia, aunque no la única, que el propio legislador ofrece del deber general de seguridad. La LGDCU no ofrecía ninguna noción de producto o servicio seguros. No obstante, el art. 11.2 TRDCU, innovando nuevamente sobre los textos legislativos que debía refundir, sí ha incorporado una noción común de producto y servicio seguros. Se trata de la noción de producto seguro que recoge la mencionada Directiva 2001/95, que el refundidor ha extendido también a los servicios*”.

Sea como fuere, lo cierto es que el art. 11 TRDCU supone una concreción del art. 3 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios que fue objeto de refundición y que disponía que “*1. Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual o reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización.*”

2. Con carácter general, los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza y de las personas a las que van destinados, deben ser puestos en conocimiento previo de los consumidores o usuarios por medios apropiados, conforme a lo indicado en el artículo 13.f.”

A partir de aquí podemos entonces establecer que el artículo 147 ha de ser, necesariamente, el resultado lógico del deber de seguridad, para los servicios, establecido en el art. 11, ambos TRDCU, constituyendo pues, el eje sobre el que ha de girar la responsabilidad del empresario prestador de servicios. Tras un pormenorizado análisis, concluye **PASQUAU LIAÑO, M.** que el defecto de seguridad puede perfectamente erigirse en el título de imputación del empresario prestador de servicios, partiendo de las diferencias y analogías entre productos y servicios –siempre que éstos lo sean en el marco de una organización empresarial–: entre las primeras cita la noción de puesta de puesta en circulación, a que se refería el art. 3 de la LGDCU (su teoría se desarrolla con anterioridad a la entrada en vigor del Texto Refundido), y que establece el momento inicial para que surja la responsabili-

dad por productos, ya que en materia de servicios este concepto es más resbaladizo: aquí la puesta en circulación tendría que asimilarse “al momento en que se presta el servicio cada vez”; otra característica diferenciadora la hallaríamos en la falta de corporeidad de los servicios, el criterio para valorar la falta de seguridad es más objetivo en los productos, ya que los servicios se caracterizan, precisamente por la actividad, lo que tendría que ser objeto de valoración sería la actividad del prestador de servicios, y ello según se reconoce por el propio autor, encajaría mejor con el criterio de culpa; tampoco es lo mismo el nivel de implicación de la víctima en la producción del daño, porque mientras el defecto del producto se va a evidenciar normalmente lejos del fabricante y el vendedor, cuando se materialice el acto del consumo, en los servicios habría una mayor interacción usuario-prestador, de manera que éste va a estar generalmente presente cuando produzca la actividad que pueda dar origen al daño, haciendo posible una actividad de “información y vigilancia actuales (al momento de producirse el daño) cuyo protagonismo en el sistema de responsabilidad no puede ser ignorado.

Entre las analogías que se citan para que sea posible la asimilación de los regímenes de responsabilidad por productos y servicios defectuosos, se encuentra la “multiplicación del riesgo” a que nos referíamos con anterioridad al referirnos a la aplicación de un régimen diferente para los servicios prestados en el marco de organizaciones empresariales, que no sería aplicable a los servicios prestados por profesionales. Este factor de multiplicación impone al empresario prestador de servicios la obligación de prever riesgos que, en una prestación individualizada serían insignificantes por la escasa posibilidad de que llegara a materializarse el daño y que, en cambio en una prestación masiva se convierten en *estadísticamente previsibles*, obligando al prestador del servicio a incrementar el nivel de previsión y adoptar mayores medidas de seguridad.

Surge así el título de imputación de prestador de servicios, basado en el concepto de “*la seguridad que legítimamente cabe esperar del servicio*”, partiendo, como hemos dicho, del deber de seguridad que impone el art. 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y el actual art. 11 del TRLGDCU que, importando el régimen de los productos, incorpora al deber de seguridad la noción de “condiciones de uso normales o razonablemente previsibles”, ya que éstas encajarían con la noción “seguridad que legítimamente cabe esperar”.

Lo decisivo, por tanto, para deducir responsabilidad en el empresario de servicios, sería la seguridad que de tal servicio cabe esperar, en lugar de la seguridad exigible, superando la concepción culpabilística de la responsabilidad, pues *“En cambio, al definir el hecho constitutivo de la responsabilidad del empresario de servicios en la no prestación de seguridad (o inmunidad...) que legítimamente cabe esperar, la valoración de la conducta, aunque no desaparece, como después veremos, sí pasa a un segundo plano, porque en el primer plano se sitúa decididamente la “expectativa” (legítima) de seguridad”*. Así las cosas, la responsabilidad del empresario surge si se produce el daño y es “razonable” que la víctima no haya tomado especiales precauciones para salvaguardar su indemnidad, salvo que aquél pruebe que concurre una causa de exoneración, quedando fuera del ámbito de la responsabilidad el riesgo asumido por la víctima, bien porque, dada la naturaleza del servicio, es notorio que para la obtención de la utilidad del servicio es inevitable exponerse a la posibilidad de sufrir el daño, bien porque sea claramente perceptible que la probabilidad de que se produzca el daño depende de que el usuario adopte determinadas cautelas. *“No es como generalmente entiende la jurisprudencia, que el riesgo asumido por la víctima llega hasta el límite de la culpa del empresario (se presume ésta, o haya de probarse, que esa es otra cuestión), sino, más bien que, haya habido o no culpa del empresario, éste responde de todo daño que no pertenezca al ámbito de riesgos que la víctima ha debido asumir al decidir la recepción o utilización del servicio”*.

Otra cuestión sería determinar cómo, o desde la perspectiva de quién, se mide el nivel de seguridad que legítimamente cabe esperar, concluyendo que han de tenerse en cuenta, en cada caso concreto, las especiales características de las diferentes *“categorías de consumidores”*, *“los comportamientos y expectativas de categorías de consumidores cuyos niveles de resistencia al daño –precaución– sean inferiores a los normales, pero que constituyan un subgrupo dentro de los previsibles destinatarios típicos del producto”*. Se ilustra esta postura con la STS 23 diciembre de 2004, sobre la seguridad de una escalera mecánica instalada en una estación de ferrocarriles –se considera que la misma es elemento integrante del contrato de transporte–: resulta lesionada una Sra. que accede a la escalera junto con su marido discapacitado. Se valora la seguridad de la escalera atendiendo a las especiales circunstancias de esta pareja porque *“si el ascensor, medio alternativo de acceso a los andenes, estaba averiado,*

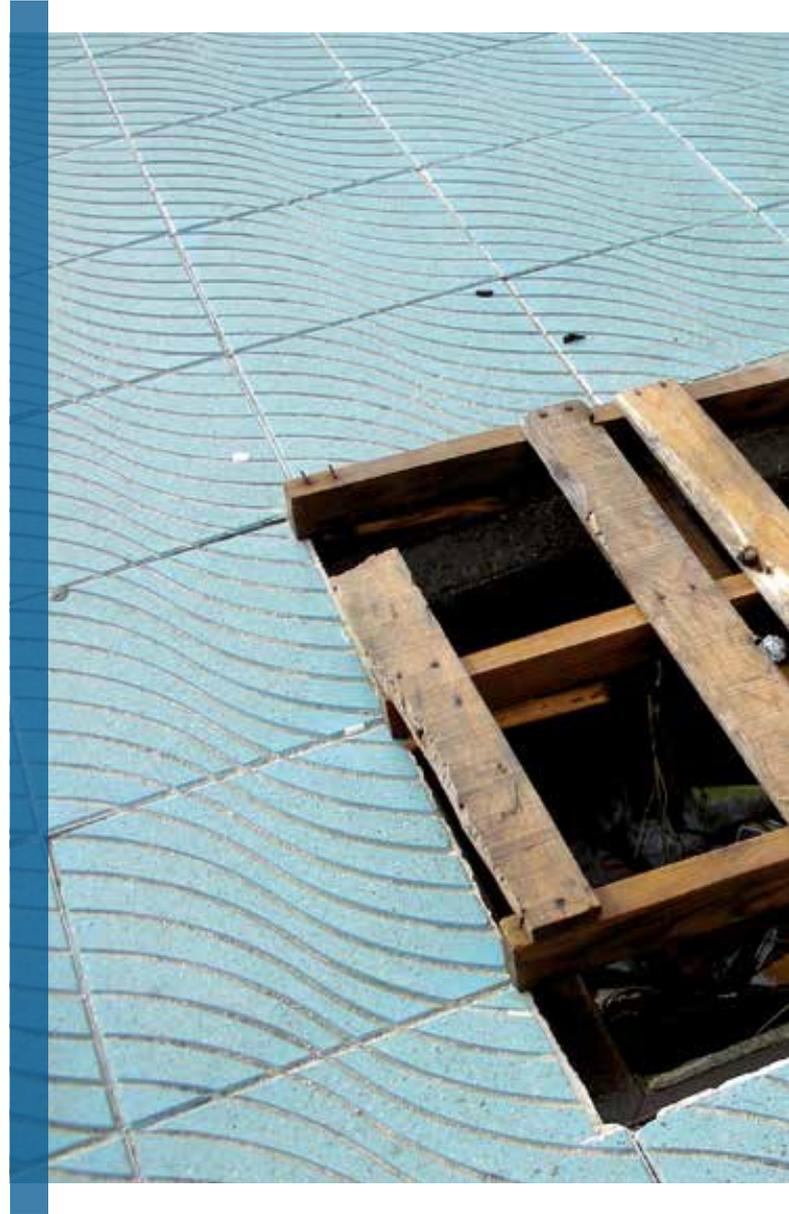
era deber de la compañía hoy recurrente haber adoptado las precauciones oportunas para que los cónyuges demandantes, siendo advertibles para cualquiera las limitaciones de movilidad del marido, hubieran podido acceder al andén con la seguridad suficiente o, en último extremo, haberles indicado la imposibilidad del viaje mientras no funcionara el ascensor. Y como resulta que nada de eso hizo la hoy recurrente, permaneciendo pasiva ante la utilización de unas escaleras mecánicas cuyo sistema de funcionamiento ahorra energía y gastos para aquélla tanto cuanto podía poner en peligro a personas como los cónyuges demandantes, con el mismo derecho a viajar en tren que cualquier otra persona, necesariamente habrá de concluirse que la responsabilidad de aquélla por lo sucedido es indiscutible”. Igualmente SAP Pontevedra de 17 de noviembre de 2005, que condena a un balneario aludiendo a las especiales condiciones de seguridad con que han de contar este tipo de instalaciones para seguridad de las personas mayores, dado el mayor riesgo derivado del tipo de usuario.

En definitiva, se trata de desplazar el punto de vista de la responsabilidad desde la actuación (negligente) del empresario prestador de servicios, para centrarnos en la perspectiva de la seguridad que el usuario puede legítimamente esperar, apartándonos de la clásica concepción culpabilística, es lo que [ROCA TRÍAS, E.](#) denomina “responsabilidad objetiva cualificada”, que considera aplicable a “supuestos límite” y que consiste en *“aquella situación en la que concurre o se produce una valoración objetiva de una cosa o servicio de conformidad con lo que el usuario tiene derecho a esperar”* y que ejemplifica con la obligación de limpieza de suelos impuesta a los establecimientos abiertos al público para evitar caídas. Otros autores introducen igualmente el concepto de seguridad que legítimamente cabe esperar como determinante del nacimiento de la responsabilidad del prestador de servicios, aunque sin elevarlo al rango de criterio de imputación, para [PARRA LUCÁN, M. A.](#) *“En todos los servicios hay una exigencia de seguridad y la falta de la misma da lugar, si se causan daños, a responsabilidad. Lo que sucede es que el nivel exigible de seguridad o, parangonando la expresión que el art. 137.1 TRLGDCU utiliza para los productos, la seguridad que legítimamente cabe esperar, no es la misma en todos los ámbitos. La posibilidad de poder exigir la garantía de un nivel determinado de seguridad dependerá, caso por caso, de la naturaleza del servicio”*.

Puede suponer un paso adelante que el Tribunal Supremo, por su parte, haya admitido en

algunos casos que las legítimas expectativas de seguridad constituyan criterio de imputación en materia de servicios sanitarios y en este sentido, STS 5 enero 2007 que establece que hay responsabilidad cuando el servicio “*se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurren circunstancias exógenas aptas para destruir ese criterio de imputación, anteponiendo, como la doctrina más reciente ha propuesto, las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario. (...) es aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario comprende la evitación de infecciones nosocomiales subsiguientes a la intervención, en tanto no obedezca a uno de los factores de excepción que han sido reseñados*”, sin embargo, no podemos perder de vista, en primer lugar que estaríamos en sede del art. 148 TRDCU (ex art. 28 LGDCU), que en la propia sentencia se niega la responsabilidad objetiva que dichos artículos contemplan, y por último, el hecho de que en la propia sentencia se señala que este criterio no se opone al “*principio culpabilístico en torno al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC*” a ese mismo fundamento se remite, igualmente, la STS de 20 de julio de 2009, en este caso en un supuesto de “*daño desproporcionado*”.

El nivel de previsión del empresario prestador de servicios afecta también al uso que del mismo se vaya a realizar, en tanto en cuanto ha de prever, no ya el uso normal o correcto del servicio, sino además, conforme a la literalidad del art. 11.2 TRDCU, alcanza a las condiciones “*razonablemente previsibles*”, aunque se aparten del uso para el que ha sido concebido dicho servicio; en esta dirección apunta (aunque desde la perspectiva de una elástica interpretación del 1.902 CC) la SAP Madrid 15 de septiembre de 2009 que condena a un centro comercial por las lesiones que sufre una niña por caída de un mueble que se encontraba en la exposición y al que la niña se había subido jugando, apreciando que no cabe concurrencia causal de la madre, que no tenía porqué prever que el mueble no iba a estar bien anclado; en el mismo sentido SAP Pontevedra de 14 de diciembre de 2007, que recopilando doctrina anterior, dispone: “*En el campo específico de las discotecas, la STS 2-10-1997 sentó que “... no cabe pretender que fuese imposible prever que algún cliente se comportase de manera incivilizada o peligrosa ya que el consumo de bebidas alcohólicas y la influencia de la música de baile y el característico ambiente de las discotecas, propicia*



cualquier desmán colectivo o individual...” lo que es tenido en consideración por SAP Girona (Sección 2ª) 20 de abril de 2007 para, en un supuesto similar al enjuiciado, fijar la obligación del titular del establecimiento con baile y consumo de alcohol, de “*cuidar y prevenir los riesgos inherentes a una aglomeración de personas en esas circunstancias que puede complicarse en un momento determinado y que por ello no pueden considerarse imprevisibles, pues son de sobra conocidos los enfrentamientos y disputas que las euforias desmedidas o el consumo alcohólico mal asimilado generan en el ambiente discotequero. Como explica también SAP Barcelona (Sección 16ª) 20 de febrero de 2007, en este tipo de actividades lucrativas con gran participación de personas son razonablemente exigibles, por parte de las empresas que se lucran de estas actividades, unas positivas actuaciones en orden a evitar que el comportamiento incivi-*



co, pero previsible, de alguno de los participantes pueda repercutir en daño potencialmente grave para terceros”.

3.- Las causas de exoneración

Además, obviamente, de la fuerza mayor, cobra gran importancia, en tanto en cuanto exonerador de responsabilidad del empresario la asunción del riesgo por la víctima, para lo cual es conveniente tener en cuenta la propia naturaleza del servicio, ya que en ocasiones la naturaleza del servicio requiere, para obtener su utilidad, que el usuario se implique y asuma el riesgo de que efectivamente pueda producirse la consecuencia lesiva, de manera que el mismo no podría imputarse al prestador del servicio, ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la víctima asume únicamente el riesgo típico de la actividad, de manera que, en palabras de MEDI-

NA ALCOZ, M. “Si el creador del riesgo actúa culpablemente, no cabe adjudicar rango atributivo al riesgo aceptado por la víctima, que se erige en un indiferente jurídico, pues tal riesgo incrementado culpablemente no era el genuinamente consentido por la víctima. La asunción del riesgo por parte de la víctima se proyecta exclusivamente sobre el riesgo inherente (normal o típico) a la concreta actividad desplegada, pero no comprende el riesgo de la actuación culpable de quien lo pone en circulación (lo que se conoce como riesgo anormal, cualificado, intensificado, atípico, agravado o extravagante). Por esto, se dice que, en materia de asunción rige la teoría del todo o nada, pues si la víctima asumió el riesgo y resulta víctima, no tendrá derecho a indemnización ninguna; pero si el riesgo se ve incrementado por su creador (actuación negligente), la víctima tendrá derecho a la plenitud indemnizatoria”.

Cobra así gran importancia el deber de información sobre los riesgos inherentes al servicio de que se trate, pues el usuario sólo puede asumir aquellos riesgos que conoce; ahora bien, ha de tenerse en cuenta que a través de la prestación de información no pueden trasladarse a la esfera del usuario todos los riesgos de la actividad, de manera que una puntual información sobre riesgos típicos derivados de la actividad que el prestador del servicio debiera controlar a un coste razonable no pueden exonerar de responsabilidad al empresario. Este coste razonable implica que, en el caso de que las medidas de seguridad posibles para evitar el daño por su elevado coste hicieran inviable la prestación del servicio, el prestador sí podrá optar por ofrecer una puntual y exhaustiva información sobre tales riesgos, asumiendo que el usuario decida no utilizar el servicio.

La culpa exclusiva de la víctima sería otra de las formas en que la conducta de quien sufre el daño alcanza relevancia jurídica, para MEDINA ALCOZ, M., la culpa de la víctima es causa exoneratoria de la responsabilidad en tanto en cuanto constituye una fuerza mayor para el agente dañoso, por tratarse de un elemento imprevisible o previsible pero no evitable. Y, naturalmente, como no podía ser de otra forma, cabe la concurrencia causal en el daño de las conductas negligentes, tanto de la víctima como del agente causante del daño.

4.- La responsabilidad objetiva en el TRDCU

Junto al régimen general de responsabilidad basada en la culpa con inversión de la carga de la prueba, el TRDCU regula lo que el pro-

pio texto legal denomina “régimen especial de responsabilidad” en su art. 148 que dispone: “Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuarios.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte”.

La primera pregunta que surge tras la lectura de este precepto es a qué servicios se está refiriendo; porque si la referencia a aquellos respecto de los cuales así venga establecido reglamentariamente puede comportar alguna dificultad, debido a la profusión normativa tanto estatal como autonómica; la aplicación, además, a todos aquellos servicios en que los que lo exija su propia naturaleza, siempre que estén sometidos a especiales niveles de garantía o seguridad determinados en condiciones objetivas, puede convertirse en una tarea inabarcable por su indefinición, tarea a la que no ayuda la relación de servicios a los que “en todo caso” se aplica esta regla especial de responsabilidad objetiva, recogida en el segundo párrafo del artículo, ya que se trata de servicios tan dispares que difícilmente de su cita se puede extraer un nexo común a todos.

En cuanto a los servicios a los que, conforme al párrafo segundo se aplica “en todo caso” el régimen de responsabilidad objetiva, se encuentran los servicios sanitarios, pero ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo, en innumerables sentencias, ha negado la aplicación de este precepto (o más exactamente del art. 28 de la LGDCU, de que trae causa) a la prestación individual del médico o cirujano, manteniendo que “Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negli-

gencia por incumplimiento de la lex artis ad hoc. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007)” y ello porque, según el propio Tribunal, la aplicación de un criterio de responsabilidad objetiva al acto médico “conduciría a la consecuencia injustificable de acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuanto ambos responderían siempre y por igual d cualquier resultado no deseado”.

En lo que se refiere a los aspectos funcionales del servicio sanitario la aplicación del art. 28 LGDCU, equivalente en la actualidad al 148 TRDCU, se ha venido produciendo generalmente “a mayor abundamiento”; sin embargo, sí que se ha ido aplicando a supuestos en los que se evidencia un funcionamiento anormal del servicio, aunque no sea posible individualizar culpa en alguna de las personas que intervienen en la prestación del mismo

Otro de los servicios a los que se aplicaría este régimen de responsabilidad objetiva es el instalación o mantenimiento de gas y electricidad. El TRDCU contiene una doble referencia al gas y la electricidad, en primer lugar, en el art. 136 para incluirlos en el concepto de producto, y por otra parte el art. 148, en relación con los servicios de instalación, revisión o similares. Por lo tanto, a los daños ocasionados por el suministro de gas y electricidad se aplicaría el régimen de responsabilidad por producto defectuoso, mientras que a los daños causados por una deficiente instalación o revisión se les aplicaría el de los servicios; el problema práctico es más que evidente, pues a la víctima le puede resultar tremendamente difícil deslindar uno de otro, habida cuenta, además, de que en el ámbito de la prueba los dos regímenes son diferentes: en el de productos es necesario, conforme a lo establecido en el art. 139 (antes art. 5 de la Ley 22/94), la prueba del defecto por parte de la víctima; y en el de servicios, es al empresario al que compete la prueba de que el usuario no ha realizado un uso correcto de instalación y mantenimiento de gas y electricidad. Surge también un problema en cuanto a la delimitación del ámbito de aplicación, respecto a si estarían incluidos o no en este régimen los perjudicados que no tengan la condición de consumidores o usuarios, por tratarse de em-

presarios o profesionales, o, en cuanto al ámbito material, respecto de la exclusión de los daños materiales en bienes no destinados al consumo privado, que están excluidos de la normativa reguladora de consumidores y usuarios, por ello, en la práctica, es más fácil, en materia de daños causados por el gas y la electricidad (todos), acudir al régimen general de responsabilidad, ya que, dada la peligrosidad de los mismos, los tribunales vienen aplicando con generosidad la teoría del riesgo.

5.- Daños causados en la prestación de un servicio por la incorporación de un producto defectuoso

El art. 147 TRDCU establece la posibilidad de exoneración de responsabilidad del prestador del servicio acreditando que ha cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza de la prestación, por lo que, en modo alguno, podría exigirsele responsabilidad por los productos defectuosos incorporados a la prestación del servicio. Tal conclusión es asimismo acorde con la doctrina del TJUE que en su S. de fecha 10 de enero de 2006, vino a establecer que es contrario al derecho comunitario, y en concreto, a la Directiva 85/374, la norma nacional que imponga la responsabilidad objetiva que la misma prevé para el fabricante o importador a otro sujeto distinto.

El problema va a residir, una vez más, en la prueba y quién deba soportar la carga de la misma; parece que del tenor del art. 147 TRDCU puede extraerse sin problemas la conclusión de que corresponde a la víctima acreditar que el daño trae su causa de un producto incorporado a la prestación del servicio y al prestador, probar que en la adquisición, conservación, transformación y manipulación del producto ha cumplido todas las exigencias, cuidados y diligencias. Sin embargo la solución no es fácil, la STS de fecha 24 de julio de 2001, resolviendo un caso en el que el perjudicado tomó sosa cáustica contenida en una bebida que le fue servida en un establecimiento público, concluyó la responsabilidad solidaria del prestador del servicio y del fabricante, porque no se pudo determinar si la sosa cáustica había llegado a la botella por la manipulación del prestador del servicio, o si ya estaba allí por causa del fabricante. Por su parte, la SAP Alicante de 24 de abril de 2003, condenó al prestador del servicio, en un supuesto idéntico porque el dueño del establecimiento no probó que la botella estaba debidamente precintada de fábrica, ya que *“acreditado por la parte demandante el defecto, el daño y la re-*

lación de causalidad, correspondía al titular del bar o a su aseguradora probar que la negligencia no se produjo en su ámbito”.

6.- Plazo de prescripción

El TRDCU no establece el plazo de prescripción de las acciones por daños producidos en la prestación de servicios defectuosos; en cambio, sí que lo hace para las de los productos –el art. 143 TRDCU establece para éstas un plazo de prescripción de 3 años–. La doctrina ha venido proporcionando diversas soluciones, la primera de ellas, la aplicación del plazo de un año que el art. 1.968.2 CC establece para las acciones por responsabilidad extracontractual. Ahora bien, hemos de tener en cuenta que este artículo se refiere expresamente a las acciones derivadas del 1.902 y que, por otra parte, estaríamos aplicando por analogía una norma muy restrictiva, cuando podría discutirse la concurrencia de los requisitos que el art. 4 del CC para hacer uso de la analogía, pues pudiera ser discutible, tanto la existencia de vacío legal como la identidad de razón, pues desde el momento en que el art. 1.964 CC contiene una regla general para aquellas acciones para las que no se establezca plazo especial –15 años para las personales– puede pensarse que no existe ese vacío normativo; y, por otra parte, en cuanto a la identidad de razón, hemos de tener en cuenta que ésta puede no existir desde el momento en que las acciones contenidas en la legislación especial de consumidores y usuarios tengan un fundamento distinto de la culpa, sino la especial protección de la seguridad del consumidor, tal y como se ha venido defendiendo en este trabajo; y ello porque, puestos a aplicar la analogía, no existe motivo alguno por el que atender al del 1.968.2, pudiendo hacerlo al propio 143 TRDCU, con el que la cercanía en cuanto a la identidad de razón, puede ser mucho mayor.

Algunos autores han considerado la posibilidad de establecer un doble plazo: de 15 años cuando exista relación contractual y de 1 año si no existe contrato. Ahora bien, puede resultar extraordinariamente chocante que, por ejemplo, si sufrimos daños por una caída en un establecimiento público, el plazo para el ejercicio de las acciones sea de 15 años o de 1, dependiendo de si hemos adquirido o no algún producto. Por eso, para [PARRA LUCÁN, M. A.](#) *“es preferible entender que en ausencia de previsión legislativa al respecto, debe aplicarse a todos los casos el plazo general de prescripción de 15 años previsto en el art. 1.964 CC para las acciones personales que no tienen señalado plazo (...) pues las acciones de responsabilidad previstas en*



el ámbito de los derechos de consumidores y usuarios se basan en un régimen que supera la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual”.

En la práctica, cualquier Letrado que se proponga accionar al amparo de la normativa de consumidores y usuarios, habrá de realizar un ejercicio de prudencia, habida cuenta de que, con abrumadora frecuencia, nuestros tribunales confunden estas acciones con las derivadas del art. 1.902 CC, por ejemplo, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en su S. de 19 de enero de 2010, consideró que el art. 25 y siguientes de la LGDCU no establece acciones nuevas sino sólo criterios aplicables a las ya existentes en el ordenamiento jurídico, vg. la responsabilidad extracontractual.

7.- Criterios jurisprudenciales en accidentes sufridos en establecimientos públicos

A.- En el Tribunal Supremo

En materia de accidentes, generalmente por caídas en establecimientos públicos, el Tribunal

Supremo no aplica la normativa de consumidores y usuarios, arts. 25-28 LGDCU o 147-148 TRDCU, sino que todas las sentencias se fundamentan en el artículo 1.902 del Código Civil, sin hacer siquiera mención a la existencia de norma específica. Así las cosas, se exige siempre el reproche culpabilístico. Hay que precisar, que en todas estas sentencias, se alega infracción del art. 1.902, ninguno de los artículos relativos a defensa de los consumidores y usuarios, por lo que el “vicio por inaplicación” tiene su origen en la propia demanda.

En algunos de los supuestos examinados se eleva el estándar de diligencia en beneficio de la seguridad del usuario, así ocurre en el caso de la caída de una señora en la escalera existente en el interior de una habitación de hotel, cuando la misma intenta acceder al interior que se encontraba a oscuras por haberse fundido la luz. Se aprecia negligencia del establecimiento hotelero por la falta de instalación de luces de emergencia (STS 5 de enero de 2010), o en la caída por tropiezo en escalón situado en el acceso a un restaurante desde un hostel, igualmente, aún sin mencionar la LGDCU y precisando que



no cabe objetivación de la responsabilidad; se aprecia negligencia por la colocación de un escalón cerca del umbral de acceso al restaurante desde el hostel y en zona de claroscuro que dificulta su visibilidad, se examina con detenimiento la prueba en orden a la situación del escalón y la visibilidad debido a la hora y entrada de luz desde un ventanal (STS 25 de marzo de 2010).

El art. 1.902 del CC, sin ningún tipo de paliativo, es la doctrina dominante en el Tribunal Supremo que en sus sentencias repite el mismo mantra, (STS 31 de octubre de 2006 sobre caída por tropiezo en el escalón de un establecimiento de exposición de muebles; 22 de febrero de 2007 sobre caída provocada por la existencia de agua de lluvia a la entrada de un supermercado; 30 de mayo de 2007 sobre caída en supermercado provocada por agua de lluvia y suciedad; 17 de diciembre de 2007, caída en la ducha de un camping por acumulación de agua en la zona de duchas; 25 de marzo de 2010, caída por tropiezo en escalón de acceso a restaurante desde hostel con el que comunica): “A) En los litigios sobre responsabilidad civil por culpa extracontractual cabe discutir en casación el jui-

cio del tribunal de instancia sobre el criterio de imputación subjetiva de los daños al causante de los mismos y sobre los aspectos de la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño que exigen una valoración jurídica, cifrados en la llamada imputación causal, pero no la determinación objetiva de los hechos sobre la existencia o inexistencia del daño y sobre la naturaleza y circunstancias de la acción u omisión (SSTS 13 de octubre de 1992, 14 de febrero de 1994, 31 de enero de 1997, 29 de mayo de 1998, 8 de septiembre de 1998, 4 de junio de 2001, 7 de junio de 2002, 14 de noviembre de 2002 y 4 de noviembre de 2004, entre otras). La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el art. 1902 del Código civil (SSTS 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006). Es procedente prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una

aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 marzo de 2006). Es un criterio de imputación del daño al que lo padece la asunción de los riesgos generales de la vida (STS 21 de octubre de 2005 y 5 de enero de 2006), de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (SSTS de 11 de noviembre de 2005 y 2 de marzo de 2006) o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida (STS 17 de julio de 2003)” –el extracto pertenece a la STS 22 de febrero de 2007, pero pudiera corresponder a cualquiera de las citadas, pues se contiene en todas-.

B.- Audiencias Provinciales

Hemos dicho con anterioridad que el Tribunal Supremo, en supuestos de accidentes sufridos por consumidores o usuarios en establecimientos comerciales, no aplica la LGDCU o TRDCU. Esto, lógicamente, habrá que trasladarlo a las Audiencias Provinciales, donde el criterio dista mucho de ser uniforme. Nos encontramos así con que, junto con las sentencias en que sí se aplica la legislación especial de consumidores y usuarios, coexisten otras muchas en las que la aplicación es más dudosa, y finalmente, un nutrido grupo que no aplica ni menciona esta normativa específica; a su vez, en este último grupo, encontramos algunas que, en aplicación del 1.902 CC, invierten la carga de la prueba, y otras que estiran el estándar de diligencia cuando de establecimientos públicos se trata y, por último, las que consideran que no cabe hacer especial consideración del espacio en el que se ha producido el siniestro, de suerte que el siniestro que se suele achacar a culpa, por descuido, de la víctima o a los riesgos de la vida.

En cuanto conviene al presente trabajo, habremos de centrarnos en las primeras, las que sí aplican, bien el TRDCU o la Ley General, dependiendo de la fecha de los hechos.

Clara, concisa y contundente se muestra la AP Oviedo, Sección 1ª, en su S. de fecha 27 de julio de 2012, sobre caída de una señora en un supermercado. Se había alegado por aseguradora del establecimiento precisamente la doctrina del Tribunal Supremo que se exponía en el precedente apartado, replicando la Audiencia que *“La parte apelante dedica una amplia fundamentación de su recurso a aportar jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como provincial en apoyo de la inaplicación de la teoría del riesgo, pero olvida que la norma aplicable es el art. 147 del TRLGDCU, normativa protectora de los consumidores y usuarios en que se fundamentó la reclamación, habiendo aclarado la*





actora al inicio del juicio (min. 0.29) que si bien la demanda se sustentaba en el art. 1902 del CC y art. 26 de la Ley 26/84, esta última fue derogada por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y demás leyes complementarias aprobado por

Real Decreto Legislativo 1/2007, y en el supuesto concreto habría que añadir, que por el art. 147 de dicho Texto Refundido, normativa vigente en el momento en que ocurrieron los hechos.

El art. 147 del TRLGDCU sustituye al derogado art. 26 de la Ley 26/84 estableciendo como régimen general de responsabilidad, en el supuesto de una prestación de servicios frente a un usuario, el de inversión de la carga de la prueba como se deduce de los términos de dicho precepto: "los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio".

La Sección de esta Audiencia a la que pertenece este magistrado, en sentencias de 28 enero 2011 y 26 de octubre de 2007, relativas a supuestos de caídas en centros comerciales, aplica la normativa de consumo citada, si bien en aquellos casos, por la fecha en que ocurrieron los hechos, resultaba aplicable el art. 26 de la Ley 26/84.

Por ello aunque la STS de 31 de mayo de 2011 hace un examen pormenorizado de los supuestos de caídas en Comunidades de propietarios y establecimientos comerciales, enumerando diversos supuestos que han sido objeto de tratamiento jurisprudencial, descartando la teoría del riesgo, sin embargo tales supuestos han sido examinados desde la perspectiva de aplicación del art. 1.902 del CC y no desde la óptica de la legislación protectora de los consumidores y usuarios, debiendo entenderse que en establecimientos comerciales, como los supermercados, no solo se responde por los productos que son objeto de venta sino por el servicio que se presta al tener un establecimiento abierto al público, supuesto en el que rige el art. 147 del TRLGDCU".

Igual de contundente, SAP MADRID, Sección 14ª, de 6 de junio de 2012, sobre caída de cliente en el cuarto de baño de un hotel, si bien el matiz aquí está en que considera que la responsabilidad es "contractual" derivada del contrato de hospedaje, cuestión ésta más que controvertida: "No compartimos la opinión del Juez de Instancia de que no es aplicable el texto refundido de la LGDCU en concreto los Arts. 147 y ss.

Amén de que el actor es indudablemente un consumidor, la explicación que da el Juez de Instancia no nos convence. La STS de 30-

5-2007 en que se apoya se dicta con ocasión de un accidente ocurrido en los accesos a un supermercado, en pavimento al aire libre, y con materiales adecuados para evitar el deslizamiento de los usuarios, y además se trata de un caso de responsabilidad extracontractual.

En este caso es de responsabilidad contractual; de incumplimiento del contrato de hospedaje, entre cuyas prestaciones están la de facilitar al huésped una habitación con todos sus servicios en condiciones de seguridad, y el suelo del cuarto de baño de la habitación arrendada no era objetivamente idóneo.

Por esa razón preferimos el criterio de nuestra sentencia de 9-3-2004 en la que decíamos: "Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Consumidores y Usuarios, el tema debe analizarse desde otra perspectiva, pues aunque no llega a establecer un sistema cerrado de responsabilidad objetiva pura, si altera la carga de la prueba, traspasando la misma hacia la parte demandada, pues la citada ley en su artículo 25 establece que el consumidor o usuario tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas que se deba responder, y el artículo 26 exige que el empresario acredite que ha cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad.

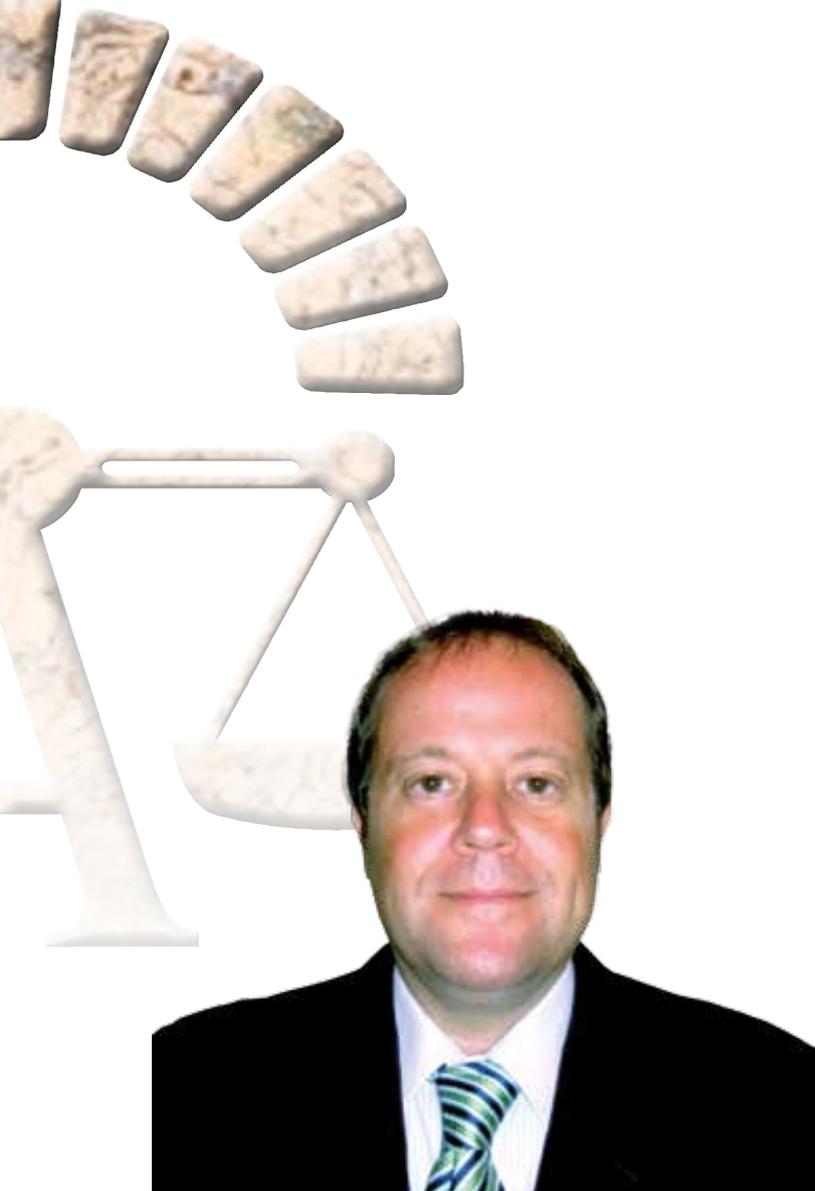
Tal inversión de la carga de la prueba nos debe llevar a estimar la pretensión de la parte demandada pues, al margen de demostrar que las correspondientes licencias administrativas se encontraban en regla, no ha podido acreditar el estado en que se encontraba la zona de las duchas cuando tuvo lugar el accidente".

La Audiencia Provincial de Málaga ha venido aplicando el régimen de consumidores y usuarios, concretamente los artículos 25 a 28 de la Ley General de Consumidores y usuarios, que en la actualidad se corresponderían con el 147 y 148 del Texto Refundido en diversos supuestos: SAP Málaga, Sección 5ª de 20 de julio de 2006, sobre caída en la bañera de un hotel, con la particularidad de que considera que la normativa de consumidores y usuarios no debe desvincularse de la noción de culpa por entender que la misma representa "una variante de la responsabilidad por culpa extracontractual; no aclara a quién compete la carga de la prueba,

sin embargo, la desestimación de la demanda se fundamenta en la cumplida prueba por parte del hotel de que las bañeras cuentan con un tratamiento especial antideslizante y que no podía haber restos de jabón por haber estado la habitación cerrada durante varios días. Por su parte, la SAP Málaga, Sección 6ª, aplicó el régimen de responsabilidad objetiva del antiguo art. 28 LGDCU en su Sentencia de 14 de abril de 2.009, sobre intoxicación del cliente del buffet libre de un camping por salmonelosis. Igualmente, SAP Málaga, Sección 4ª de 19 de enero de 2010 sobre caída del cliente de un spá al resbalar en el suelo mojado.

Son muchas las Sentencias de Audiencias Provinciales que aplican el régimen de responsabilidad de los consumidores y usuarios, por ejemplo: SAP Castellón, de 20 de julio de 2010 por caída del cliente de un balneario; SSAP Asturias, de 26 de octubre de 2007 y 28 de enero de 2011, sobre caídas sufridas por usuarios de escaleras mecánicas de centros comerciales; SAP Cáceres de 7 de octubre de 2010, sobre caída en suelo de establecimiento mojado a causa de la lluvia; SAP Valencia, 7 de marzo de 2011, sobre caída en un centro comercial al resbalar por encontrarse el suelo mojado; La Audiencia Provincial de Alicante la aplica igualmente, pese a no haber sido invocada por la actora y en virtud del principio *iura novit curia* en sus sentencias de fecha 18 de enero de 2008, sobre lesiones sufridas por cliente de centro comercial con un perchero, y sentencia de fecha 29 de febrero de 2008 por caída de cliente en la rampa de acceso a supermercado por resultar deslizante.

Como hemos visto, el régimen especial de responsabilidad de los prestadores de servicios se viene aplicando de manera muy deficiente, ello debido en buena parte a que la mayoría de las reclamaciones que se formulan se fundamentan en el art. 1.902 del CC, por lo que se resuelven en base a los criterios interpretativos de dicho artículo, por lo no puedo sino concluir tomando prestadas las palabras del Magistrado **SACRISTÁN REPRESA, G.**: "... era una Ley que los catedráticos no enseñan, los abogados no citan y los jueces no aplican. Dicho lo cual, conviene terminar el párrafo afirmando que si grave era lo primero y lo segundo, lo tercero no tenía perdón por aquello de que con independencia de las normas que sean citadas, los jueces deben emplear el derecho aplicable a cada supuesto (*iura novit curia*), y evidente es que los artículos 25 a 28 debían aplicarse a supuestos de perjuicios sufridos por consumidores y usuarios, siempre que se cumplieran los requisitos en los mismos establecidos".



Doctrina jurisprudencial reciente sobre el error de abogado

Joaquim Martí Martí

Abogado. Profesor consultor en la Universitat Oberta de Catalunya

El Tribunal Supremo inició una doctrina jurisprudencial del error de abogado que nos llevaba a responder, prácticamente, ante cualquier resultado lesivo para el cliente. Tanto es así, que al cliente le resultaba, en ocasiones, más rentable reclamar al Abogado y a la compañía aseguradora la comisión de un error, que la propia estimación de la demanda ante el incierto futuro de su ejecución.

Es por ello, que el propio Tribunal Supremo inició un camino de revisión de su propia doctrina, para pasar a una fase en la doctrina jurisprudencial en la que se desestimaban las demandas de reclamación, si no se conseguía probar que el proceso en que se produjo el error tenía unas posibilidades de éxito muy elevadas.

Ahora, con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, asentada en varias sentencias del año 2011, se fija una posición objetiva

y equitativa sobre los supuestos en los que procede la estimación del error de abogado y, lo que es más importante, los criterios para la cuantificación de la indemnización.

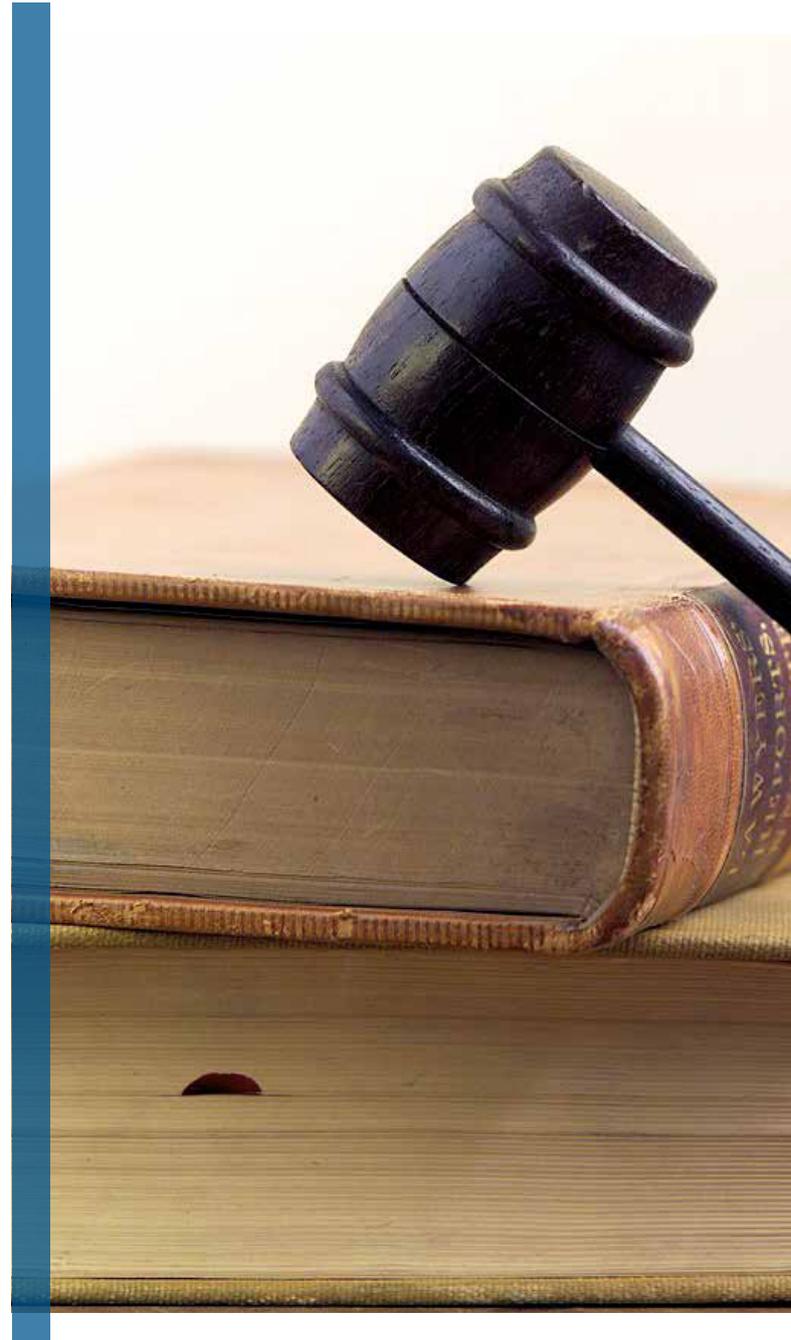
I.- Introducción

Hemos de tener muy presente que al abogado se le impone el deber y la obligación de la diligencia profesional. Según tiene establecido el Alto Tribunal en la sentencia de 4 de febrero de 1992, «las normas del Estatuto General de la Abogacía imponen al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto. Cuando una persona sin formación jurídica ha de relacionarse con los Tribunales de Justicia, se enfrenta con una compleja realidad, por lo que la elección de un abogado constituye el inicio de una relación contractual basada en la confianza, y de aquí, que se le exija, con independencia de sus conocimientos o del acierto en los planteamientos, diligencia, mayor aún que la del padre de familia».

Es decir, el prólogo de la responsabilidad del abogado es el mismo que el de cualquier otra responsabilidad contractual, al imponerse la obligación del cumplimiento perfecto de las obligaciones contractuales, utilizando, con pericia, aquellos conocimientos que, por razón del contrato, debe exteriorizar. Así, el cumplimiento perfecto del contrato es el que libera de responsabilidad al que lo cumple.

Para el TS, en el encargo de servicios al abogado por su cliente, es obvio que se está en presencia de un arrendamiento de servicios o locatio operarum, por el que una persona con el título de abogado se obliga a prestar unos determinados servicios. Esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema, solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados.

Para el caso del abogado, el cumplimiento del contrato supone que éste haya utilizado con pericia todos sus conocimientos en los procesos, vías, instancias y trámites que se hayan suscitado hasta la completa resolución del encargo. Otra cosa será la resolución final de ese encargo. Si la resolución última viene de otro órgano, difícilmente se le podrá exigir responsabilidad al abogado en relación al sentido final de esa resolución. Eso sí, habrá de haberse llegado a esa resolución con el procedimiento más



adecuado posible, el que sea más acorde con el cumplimiento perfecto del contrato, y tras la aplicación por parte del abogado de los correctos argumentos de hecho y de derecho.

Esta vendría a ser una definición del deber del abogado en el contrato de prestación de servicios. El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de abril de 2003, define claramente la atribución de la función del abogado como la propia de elección del mejor medio procesal en defensa de la situación de su cliente, sin que deba responder de la decisión final del órgano judicial si ésta no se ve condicionada por una mala elección del procedimiento por parte del abogado.



Pero esta exigencia no se queda en un cuidado en no perjudicar el proceso y en que su conducta no sea la causante directa de un desastre procesal. Y ello es así por cuanto, como hemos dicho, la jurisprudencia le exige al abogado la correcta fundamentación fáctica y jurídica de los escritos de alegaciones, la diligente proposición de las pruebas y la cuidadosa atención a la práctica de las mismas, la estricta observancia de los plazos y términos legales, y demás actuaciones que debería utilizar el abogado para que, en principio, pueda vencer en el proceso.

El término que define, según la jurisprudencia del Alto Tribunal, la exigencia del comporta-

miento del abogado en el proceso es el de *lex artis*.

II. La cuantificación de la indemnización por error

Afianzada la responsabilidad por lesión patrimonial, en la responsabilidad civil de abogado existe una particularidad, y es la concerniente a si el daño causado, es el discutido en el pleito -o no-. En definitiva, la lesión del cliente, ¿es equivalente a la estimación íntegra de su pretensión? -o no-. ¿Debe entrarse, para la cuantificación del daño, en el proceso en el que se produjo el error? (en el «pleito del pleito»). El daño causado, ¿es el material?, es decir, la cuantía de la responsabilidad proviene de la pretensión no conseguida, o es el daño moral, por no haber tenido la oportunidad de conseguirlo.

Esta respuesta es la consecuente a la interrogación que se hace el TS en la sentencia de 4 de junio de 2003: cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del abogado y procurador por no entablar una demanda a tiempo -la acción prescribe o caduca- o por no interponer un recurso dentro del plazo establecido, puede o no -o tiene o no- que realizar ese órgano judicial una «operación intelectual» consistente en determinar -con criterios de pura verosimilitud o probabilidad- cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo.

Si se contesta afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos.

Si la respuesta es negativa, el juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para éste ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido.

Una expresión del primer razonamiento conducente a la condena, en ese caso, podría ser el consistente en la llamada «pérdida de oportunidad». Otra posibilidad, en el segundo caso, es la de que el juez señale en favor del cliente una indemnización -también de discrecional estimación- por el daño moral que al cliente le ha supuesto verse privado del acceso a la justicia.

En realidad, el dilema de si la indemnización ha de ser o no igual a la suma que podría haberse reclamado con cierto éxito y que no pudo serlo por la negligencia del profesional jurídico, enfrenta dos posturas, cada una de las cuales tiene aspectos positivos y negativos.

De un lado, puede decirse que, frente a la falta de pautas valorativas, el criterio de la equivalencia entre la suma cuya obtención se vio frustrada (o la valoración del derecho de que se trate) es, para un sector jurisprudencial, el criterio más adecuado de ponderación del daño, al establecer una relación entre el valor del objetivo que no pudo alcanzarse por la culpa del profesional y el de la frustración de no haberlo obtenido.

Para este mismo sector jurisprudencial, puede enfocarse el tema desde la perspectiva de que aquel objetivo, el petitum del pleito perdido o que ni siquiera pudo iniciarse, constituye en términos jurídicos el lucro cesante, la ganancia dejada de obtener que es digna de indemnización según el art. 1.106 CC.

En contra de esta postura, está la línea jurisprudencial que proclama que no debe establecerse tal paralelismo, o efecto mimético, por cuanto el triunfo en el pleito de que se trate no pasaba de ser una posibilidad que ya nunca podrá verificarse. Además, lo que en principio es una contrariedad para el cliente perjudicado, podría convertirse en un semillero de ventajas, pues siempre le resultaría más fácil demandar al profesional del Derecho achacándole negligencia en la llevanza de su asunto, de suerte que por esta vía obtendría la plena satisfacción de su pretensión de manera relativamente fácil y en un pleito sobre responsabilidad civil en el que no cabría la oposición de aquél contra quien debería haber esgrimido su pretensión en el proceso llevado descuidadamente por el abogado y en el que, en realidad, no se estudiaría a fondo la virtualidad de aquel derecho.

III. Primer criterio jurisprudencial: La cuantificación como daño moral

En una primera fase jurisprudencial el TS se negaba a ni siquiera plantearse esa pregunta, contestando siempre que se entraba en el terreno de las «conjeturas», y en base a ello, las indemnizaciones consistían en importes alzados, derivados de la condena al daño moral.

Se apuntan a esta línea jurisprudencial las SsTS 20 de mayo de 1996, 16 de diciembre de 1996, y 28 de enero de 1998.

Para esa línea jurisprudencial, citando las SSTS de 23 de diciembre de 1992, la de 25 de junio de 1998 y la de 14 de mayo de 1999, se ha de exponer que el quebranto se ha de centrar en ese haz vaporoso que es el daño moral, pues lo que no se puede pretender es situarnos en el lugar propio de los juicios, pero en esferas jurídicas aquí no adecuadas (apropiadas), con el fin de colegir (entramos en el campo de las conjeturas), cual hubiese podido ser el resultado de la sentencia (en caso de haber mediado recurso de apelación) si estimatorio o desestimatorio de las pretensiones del hoy demandante.

Dicha indemnización se establece por los órganos jurisdiccionales, de manera equilibrada, en un importe alzado.

La casuística que resuelve en este sentido, condena al pago de una suma alzada por «daño moral» y entre éstas se encuentran la STS de 20 de mayo de 1996 -por privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante-; 11 de noviembre de 1997 -por verse privado del derecho a que las demandas fueran estudiadas por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo-; 25 de junio de 1998 -derivado del derecho a acceder a los recursos, o a la tutela judicial efectiva-; 14 de mayo de 1999; y la SAP de Castellón de 9 de septiembre de 1998, que condena al pago de la suma de 5.000.000 de las antiguas pesetas, por dejar prescribir la demanda de reclamación civil en auto de cuantía máxima por fallecimiento.

IV. Segundo criterio: La cuantificación como daño material

A nuestro entender, a partir del año 2000, si bien existían ejemplos anteriores de daño material (sentencias TS, entre otras, 17 de noviembre de 1995, 20 de mayo y 16 de diciembre de 1996, 28 de enero, 24 de septiembre y 3 de octubre de 1998), la cuantificación del daño en la pérdida material, se va imponiendo al ir permitiendo los Tribunales tener en cuenta para su fijación la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado.

En una «atrevida sentencia» de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11.ª, de 6 de septiembre de 2001, la Sala cuantifica el daño como moral, dando por sentado que la indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir en el juicio determinante, pero resuelve que el profesional «con el incumplimiento culpable de su obligación ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que además ha vulnerado el derecho del perjudicado a la tutela judicial efectiva, siendo co-

recta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener, y en base a esta doctrina jurisprudencial la Juzgadora de instancia fija la indemnización en la cuantía de 10.000.000 ptas., valoración que esa Sala comparte, pues si bien dicha indemnización no podía conseguirla en el juicio ejecutivo, al ser nulo el título, sí que la hubiera podido obtener en el declarativo, no sujeto a baremo alguno, al no ser una cantidad desorbitada y sí razonable y ajustada a la que se concedía en la fecha en que ocurrieron los hechos, teniendo en cuenta la edad de la víctima (30 años) y que dejaba una hija huérfana (...).

Para esta línea jurisprudencial, el argumento, a la respuesta positiva a si debe —o no— entrarse en el pleito causante de responsabilidad es el de que, a pesar de entrar en situaciones hipotéticas, en contrapartida, todas estas circunstancias no deben jugar en favor del profesional negligente, pues de otro modo nos encontraríamos ante la imposibilidad o extremada dificultad de probar la magnitud del daño, siendo así que ha sido la actuación profesional negligente la que ha impedido la exacta cuantificación en sede jurisdiccional de la pretensión de aquéllos.

En la STS de 30 de diciembre de 2002, el letrado que no solicitó el recargo del 20% de intereses a cargo de la aseguradora, fue condenado por el Alto Tribunal, a indemnizar en ese 20% de intereses.

En la STS de 24 de febrero de 2005, el abogado que no ejercitó ningún tipo de acción penal durante 8 años, fue condenado por el TS al valor de las acciones de la sociedad cuya pasividad del abogado se considera como trascendente para el control de la sociedad y/o venta de sus participaciones, siendo en la actualidad el valor de la sociedad nulo; así pues se considera como «daño material o directo» el valor de las acciones, que es el de 13.350.000 ptas.

En la STS de 28 de abril de 2005 el TS condena al abogado que no contestó a la demanda de desahucio sobre finca rústica, a la devolución de la provisión de fondos por importe de 90.000 ptas. y eleva la condena de 3.000 a 12.020 euros.

En la SAP de Barcelona, Secc. 4.ª, 19 de abril de 2005, por dejar caducar la acción por despido ante la jurisdicción laboral, la condena es de 13.786,95 euros, (derivados de la indemnización por despido y salarios de tramitación). En el mismo sentido y análogo supuesto, la Secc. 16.ª, en sentencia 19 de noviembre de 2001, condena

al mismo pago de la indemnización por despido por caducidad de acción judicial por inactividad de abogado (5.692.557 ptas.).

En la sentencia de la Secc. 16.ª, de esta misma Audiencia, en sentencia 14 de enero de 2005, por no reclamación a FOGASA, la condena es de 143.062 euros, importe del daño directo.

La consolidación del daño directo se produce con la Sentencia del TS de 18 de febrero de 2005.

El estudio del «pleito del pleito» es absoluto en esta sentencia, que cuantifica el daño en el valor del piso litigioso (61.198.771 ptas), actualizado a precios de mercado, restando la actualización proporcional del precio aplazado (30.599.385 ptas). Nada que ver con el «daño moral» por no poder entrar en conjeturas de la jurisprudencia en la línea anterior a la expuesta. Ya no se pregunta si se puede —o no—, o si se debe —o no—, se entra en el fondo del litigio y además se actualiza el daño a precios actuales y de mercado.

Fallo al que son condenados SOLIDARIAMENTE el abogado y el procurador.

V. La búsqueda de una doctrina objetiva

Ante esta situación creada por la doctrina jurisprudencial, los propios Tribunales de Justicia se dieron cuenta de los efectos no deseados y derivados de la extrema protección al cliente: a éste le era más beneficioso el error del abogado en el proceso que la continuación del mismo y el incierto resultado de éste.

Como había dicho la Sección 18.ª de la AP de Madrid en sentencia de 7 de abril de 2003, rollo 778/2001: «(...) la tesis (... del actor...) por reducción al absurdo, daría lugar a una situación manifiestamente injusta y contraria a Derecho, pues a la parte que ha perdido un pleito le resultaría más rentable verse privado del acceso al recurso por errores o negligencias de los profesionales que le asisten que acceder a la segunda instancia, pues en el primer caso recibiría por vía de responsabilidad civil contractual una cantidad de dinero cuyo pedimento inicialmente se ha rechazado y en el que el éxito o fracaso del recurso no pasaría de ser una mera posibilidad (...).

Por ello era necesario iniciar el retorno al punto intermedio del péndulo. Además, el abandono de la posición extremista era urgente y había que conseguir una evolución en la doctrina jurisprudencial del error judicial.

A esta tendencia inicia su firme andadura la doctrina del TS, en sentencias de 15 de febrero, 18 y 23 de julio, 22 y 23 de octubre de 2008.

La consigna es: «el daño por pérdida de oportunidad es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades, cuando los criterios de imputación autorizan a estimarla, exige demostrar que el perjudicado se encontraba en situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas» (también STS 27 de julio de 2006).

Para el TS el criterio de la prosperabilidad de la acción impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido –siempre que no concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial– una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el art. 1.101 CC.

Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006).

La propia naturaleza del debate jurídico que constituye la esencia del proceso excluye que pueda apreciarse la existencia de una relación causal, en su vertiente jurídica de imputabilidad objetiva, entre la conducta del abogado y el resultado dañoso, en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el marco del debate jurídico procesal y no atribuible directamente, aun cuando no pueda afirmarse con absoluta seguridad, a una



omisión objetiva y cierta imputable a quien ejerce profesionalmente la defensa o representación de la parte que no ha tenido buen éxito en sus pretensiones (STS de 30 de noviembre de 2005).

Estas cinco sentencias del TS, dictadas todas ellas en el año 2008 (sentencias de 15 de febrero, 18 y 23 de julio, 22 y 23 de octubre de 2008) desestiman la reclamación de indemnización por error por cuanto el reclamante no había acreditado en el proceso que se encontraba en una posición óptima para la estimación de su pretensión y que fue el error del abogado el que impidió que su pretensión fuera estimada; estimación que se hubiera producido de no mediar el error del abogado.

VI. La reciente y consolidada doctrina jurisprudencial: La prosperabilidad del resultado determina la cuantía de la indemnización

La doctrina del TS dictada con posterioridad a la que proclama la razonable certidumbre en la probabilidad del resultado, es



la que resuelve que la probabilidad del resultado sirve para la cuantificación del error del abogado. De tal forma que la mayor o menor probabilidad del éxito en la estimación de la pretensión del cliente, modula la indemnización a abonar por el abogado a consecuencia de su error.

Así se concluye, tras el estudio de dos SSTs dictadas en el año 2011, las de 9 de marzo y 27 de octubre de 2011.

En la STS de 27 de octubre de 2011 se enjuicia la responsabilidad de abogado por pérdida de oportunidad al dejar prescribir la responsabilidad patrimonial por accidente en vía pública.

El supuesto de hecho es el siguiente, el 20 de enero de 1999 D. Pedro Antonio sufrió un accidente de circulación al colisionar la moto que el mismo conducía contra un bordillo de cemento que obstaculizaba la calzada. El siniestro le produjo importantes daños personales.

En las actuaciones penales seguidas por estos hechos ante el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Cáceres (Diligencias Previa 14/1999, transformado en Juicio de Faltas 10/2000) –concluidas con sentencia absolutoria de 3 de abril de 2001– la defensa del Sr. Pedro Antonio corrió a cargo del letrado D. Marcial, quien se encargó de deducir demanda de responsabilidad patrimonial contra el Ayuntamiento de Cáceres.

A tal efecto, el citado profesional formuló reclamación previa en vía administrativa, presentando su escrito en el Registro General del Ayuntamiento, con fecha 29 de julio de 2002.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria de la referida reclamación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura dictó sentencia de 31 de octubre de 2005 por la que acordó su desestimación al entender que la acción ejercitada se encontraba prescrita por el transcurso de un año establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 (contado desde el 6 de abril de 2001, fecha de notificación de la sentencia absolutoria penal que determinó el alcance de las lesiones).

Al considerar imputable la prescripción a la negligencia del letrado, D. Pedro Antonio formuló demanda de responsabilidad civil contra él, en reclamación de una indemnización por importe de 259.641,60 euros, mismo valor económico de la indemnización reclamada a la Administración, que no pudo ser atendida.

La demanda fue parcialmente estimada en primera instancia, donde se condenó al letrado demandado y a su aseguradora únicamente al pago de 1.700 euros por el daño moral ligado a la pérdida de oportunidad procesal –imposibilidad de obtener una resolución de fondo– tras declararse prescrita la acción. En síntesis, el Juzgado consideró que no había lugar a identificar el daño resarcible con el menoscabo, de naturaleza patrimonial, que derivaba para el actor de la imposibilidad de ver satisfecha su reclamación, equivalente al valor económico de ésta, pues la estimación de la indemnización solicitada era algo meramente hipotético y además, bastante improbable dadas las circunstancias concurrentes –«en especial, el exceso de velocidad con el que circulaba el conductor de la moto, constatado en el atestado policial, y el hecho de que el obstáculo había sido puesto en la calzada a resultas de un acto vandálico de terceros (...)»–.

La Audiencia Provincial confirma el fallo en su integridad.

Pues bien, para el TS no hubo desproporción entre el daño patrimonial sufrido y la indemnización fijada teniendo en cuenta las probabilidades de éxito de la acción de responsabilidad no ejercitada. Es decir, es correcta la aplicación del daño moral en base a la certidumbre en la probabilidad del resultado.

Para el TS, en aplicación de esta doctrina, la controversia aquí suscitada debe resolverse en los términos en que lo hizo en un caso semejante la STS de 9 de marzo de 2011.

En efecto, para el TS ahora, como entonces (STS 9 de marzo de 2011), resultaría atendible en abstracto la afirmación del recurrente en el sentido de que la sentencia de apelación limita -indebidamente- la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño moral cuando la jurisprudencia reconoce la indemnización del daño moral -solo cuando este resulta acreditado de modo específico, y no por la simple frustración de una acción judicial- y del daño material con base en la doctrina de la posibilidad de éxito de la acción frustrada.

Sin embargo, para el Alto Tribunal, esta circunstancia no es bastante para estimar el recurso, ni para atender la petición de que la indemnización resulte incrementada pues, como acontecía en el supuesto analizado por la mencionada sentencia, aunque la de apelación califica como daño moral el perjuicio padecido por D. Pedro Antonio, no puede aceptarse que la AP no haya tenido en cuenta la pérdida de oportunidades de obtener un beneficio patrimonial. Antes bien, la sentencia de apelación sigue los criterios de la sentencia de primera instancia y valora, entre otros extremos, la incidencia causal del propio comportamiento negligente de la víctima, que según el atestado policial circulaba a una velocidad excesiva y además se disponía a realizar un giro en dirección contraria, así como la circunstancia de que el obstáculo en la calzada había sido colocado por un tercero.

En consecuencia, para el TS, aunque sean discutibles los argumentos utilizados por la sentencia sobre la calificación del daño, no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso que se han tenido por acreditadas, valorando esen-

cialmente, bajo la vestidura de unos y otros conceptos, las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado, por lo que el TS confirma la condena al daño moral y a la cuantificación de los Tribunales inferiores.

El TS fija como doctrina jurisprudencial que la indemnización debe ser equivalente al daño sufrido o proporcional a la pérdida de oportunidades. No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción. En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción.

VII. Conclusión

Esta es, ahora sí, y a nuestro entender, la doctrina jurisprudencial más próxima a la objetividad y al justo equilibrio entre la pretensión indemnizatoria de todo aquel que ha sufrido un daño, y la posición del profesional que está sujeto a una *lex artis* en su profesión y no a una obligación de resarcimiento ante toda pretensión frustrada.

Al médico no se le hace responder ante todo resultado inesperado o ante todo fatal resultado, sólo responde si ante ese resultado no deseado ha participado el médico con la ausencia de una conducta profesional que responde a lo objetivamente exigible.

Lo mismo ocurre con el arquitecto y aparejador, como intervinientes en el proceso constructivo.

Ahora es el abogado el que puede conocer el alcance y contenido de su responsabilidad, situada en una posición muy distante de los extremos del péndulo a la que la habían colocado.

Con esta doctrina, la carga de la prueba corresponde al cliente, que debe probar la situación en la que se encontraba en el proceso en que se produjo el error, y a resultados de esa acreditación, se fijará por los Tribunales la cuantía de la indemnización.



La futura tarifa unisex para el cálculo de la prima de los seguros: ¿Más igualdad jurídica o menos sentido común?

Alfredo Betés de Toro
Abogado de Generali Seguros

I.- Evolución histórica del principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer en el Derecho español

En el Derecho Civil español, común y foral, hasta el año 1975, no le estaba permitido a la mujer casada realizar actos con eficacia jurídica sin la asistencia del marido, quien debía completar su capacidad de obrar, como si la mujer fuese un menor o un incapacitado (1). La Ley de 2 de mayo de 1975 suprimió la licencia marital y el deber de obediencia de la mujer al marido, pero no fue hasta la Ley de 13 de mayo de 1981, de reforma del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, cuando se consagró en el Código Civil el principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, plasmado pocos años antes en el art. 14 de la Constitución. El marido y la

mujer pasaban a ser iguales en derechos y en deberes y se prohibió la discriminación por razón de sexo.

Subsistieron, entonces, ciertas excepciones, de alcance muy limitado, algunas de las cuales, curiosamente, perjudicaban al marido, en beneficio de la mujer, como por ejemplo la norma, según la cual, los hijos e hijas menores de 7 años, en caso de separación o divorcio, debían quedar siempre al cuidado de la madre, "*a menos que el juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo*". Esta norma establecía una discriminación positiva a favor de la mujer, perfectamente lógica, pero el legislador posterior la suprimió, siempre en aras de que la igualdad de sexos fuera absoluta.

El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, en esta fase postconstitucional, aun habiendo comportado un paso decisivo, para el legislador contemporáneo ha resultado ser insuficiente.

II.- Las tarifas unisex pero con excepciones lógicas: la Ley Orgánica 3/2007 y la reforma del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados del mismo año

El objetivo de esta Ley Orgánica (2) se basó en eliminar los obstáculos y estereotipos sociales que, según decía la exposición de motivos, impedían alcanzar la igualdad efectiva entre el hombre y la mujer.

En materia de seguros privados, esta ley se desarrolló mediante la reforma del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (3). Las tres ideas más importantes de esta reforma fueron:

Primera idea.- Riesgo por sexo: regla general. El sexo no puede ser factor de cálculo de primas y prestaciones (4).

Segunda idea.- Riesgo por sexo: una excepción justificada. Por excepción, el sexo puede ser factor de cálculo de primas y prestaciones si se justifica que el género es un factor determinante del riesgo a partir de datos actuariales y estadísticos. Para justificar que el sexo es un factor determinante del riesgo, y por lo tanto puede ser factor de cálculo de primas y prestaciones, hay que utilizar tablas de mortalidad, de supervivencia, de invalidez y de morbilidad, según la modalidad del seguro, con los requisitos que se establecen en la norma. Las compañías de seguros debieron adaptarse a ella antes del 21 de diciembre de 2007 (5).

Tercera idea.- Riesgo por embarazo y parto. Ni las tablas, ni las bases técnicas pueden incorporar el riesgo por embarazo y parto, de modo que sus costes no pueden determinar diferencias de primas y prestaciones en ningún caso (6). Para adaptarnos a esta tercera idea se concedió a las aseguradoras hasta el 31 de diciembre de 2008 (7).

Esta disposición sobre el embarazo y el parto fue una norma vanguardista en confundir dos cosas distintas: una cosa es diferenciar lo que por naturaleza es diferente, y otra cosa es discriminar por razón de sexo (8). La norma dio lugar a ciertas dudas, en el seguro de enfermedad, sobre la legalidad del periodo de carencia que establecen las pólizas, en la asistencia médica derivada del embarazo y/o parto. Estas dudas fueron resueltas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (9) estableciendo que el periodo de carencia de las pólizas de salud, para los casos de embarazo o parto, debería ser, como máximo, de siete u ocho meses, ya que, por un lado, una duración superior podría ser considerada contraria a la Ley Orgánica 3/2007, y por otro lado, durante el primer mes de embarazo es difícil determinar si éste existe, y por consiguiente no se vulneraría el art. 4 de la Ley de Contrato de Seguro, que dice que el contrato de seguro es nulo si en el momento de su conclusión no existía riesgo o ya había ocurrido el siniestro.

III.- La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2011 en el caso Test-Achats. La fecha clave: 21 de diciembre de 2012

Solo un comentario a la reforma legislativa expuesta en el apartado anterior, que me sirve de introducción al análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: el establecer plazos de carencia en las pólizas de salud contratadas por mujeres, en los casos de embarazo, se basa en una realidad tan evidente, como preterida: la diferencia biológica entre el hombre y la mujer hace que el hombre, ni pueda "*quedarse encinta*", "*ni dar lugar a un alumbramiento*" como decían los derogados arts. 959 y siguientes del Código Civil. Por lo tanto, establecer en las pólizas de salud, plazos de carencia solo para la mujer, y no para el hombre, en caso de embarazo y/o parto, no tiene su origen en una discriminación por razón de sexo, sino en la evidencia de una realidad fisiológica distinta, y en la legítima aspiración del asegurador a evitar el fraude en el seguro, del que, evidentemente, en este caso, solo puede ser sujeto activo una mujer, y no un

hombre. Por eso, establecer plazos de carencia en casos de embarazo o parto, en las pólizas de salud, nada tiene que ver con el principio de igualdad jurídica entre sexos, sino que más bien se relaciona con el principio de la buena fe contractual y del deber de declarar el riesgo en el momento de contratar el seguro.

Por este motivo, después de esa reforma del año 2007, a la que me he referido en el apartado anterior, yo creía que solo el legislador español estaba desfocalizando el problema. Creía que solo el legislador español estaba confundiendo discriminación por razón de sexo con diferenciación por razones objetivas, hasta que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de marzo de 2012 me convenció que este defecto de perspectiva, no solo es del legislador español, sino que es también del poder judicial comunitario.

Esta sentencia ha declarado nulo de pleno derecho el artículo 5.2 de la Directiva del Consejo 2004/113/CE (10) que era la norma que permitió establecer la excepción citada antes, según la cual, el sexo sí podía ser factor de cálculo de primas y prestaciones del seguro si se justificaba a partir de datos actuariales y estadísticos. Efectivamente, esta norma quiso no perder de vista que una cosa era prohibir la discriminación por razón de sexo, y otra cosa era prohibir la aplicación de soluciones diversas ante realidades objetivas y estadísticas diferentes. Atendiendo a este principio, el art. 5.2 de la Directiva permitió, con buen criterio, autorizar diferencias, en función del sexo, en las primas y en las prestaciones del seguro.

Pero la sentencia en cuestión ha declarado que la norma, según la cual, las primas y prestaciones deben ser independientes del sexo, es una norma absoluta y no puede tener excepción alguna, aunque estas excepciones estén basadas en razones objetivas y estadísticas. Por lo tanto, los Estados miembros no pueden mantener esa excepción a la norma porque es contraria a la consecución del objetivo de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Y además pone fecha de caducidad a la excepción: a partir del 21 de diciembre de 2012 ya no podrán existir diferencias proporcionadas de las primas y prestaciones de los seguros por razón de sexo, aunque el sexo sea, como efectivamente es, un factor determinante en la evaluación del riesgo a partir de datos actuariales, objetivos y estadísticos. Esta sentencia deja fuera el ámbito de la previsión social y mejoras voluntarias empresariales (11).

La Resolución de 6 de julio de 2012 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ha declarado inaplicables, a partir del 1 de enero de 2013, las tablas de mortalidad GKM-95 (para los hombres) y GKF-95 (para las mujeres) y ha aprobado las nuevas tablas de mortalidad PASEM 2010. Para completar la adaptación del Derecho Español a esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentran en trámite de elaboración legislativa determinados proyectos de normas que modificarán el régimen jurídico de ordenación de los seguros privados (12).

IV.- El sentido común de las normas con vocación de permanencia y el sinsentido de las tarifas de primas unisex

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, al establecer la tarifa unisex no ha querido distinguir entre discriminación por razón de sexo y diferenciación en función de variables biométricas, una de las cuales puede ser el género, pero también hay otros factores, que en este caso no se cuestionan, como la edad.

En esta consideración es importante recordar que el Tribunal Supremo declaró que para distinguir entre un seguro de vida y un producto financiero debía atenderse a si las primas se habían calculado utilizando (i) un tipo de interés técnico y (ii) unas tablas de mortalidad que diferencien por razón de la edad y el sexo.

Esta doctrina jurisprudencial anticipada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (13), se fijó en esos factores actuariales, para distinguir entre los seguros de vida, a prima única, de capital diferido y duración anual y aquellos otros seguros simulados, que comercializaron algunas aseguradoras en los años ochenta, con el fin aplicarles un tratamiento tributario más beneficioso. En aquellos años, las prestaciones de los seguros de vida de capital diferido, para caso de supervivencia, tributaban como incrementos de patrimonio (hoy se llaman ganancias patrimoniales) no sujetos a retención en la fuente, a diferencia de los depósitos bancarios, que tributaban como rendimientos de capital mobiliario, sujetos a retención, y por consiguiente sometidos a control de la Administración Tributaria. Pues bien, esa doctrina jurisprudencial tuvo acogida en la Ley de Contrato de Seguro, que fue modificada en el año 2002, precisamente, para introducir los criterios de técnica actuarial, basada en variables biométricas, como el elemento esencial que define la naturaleza jurídica propia del contrato de seguro de vida.

Pretender que el hombre y la mujer sean iguales en derechos y en deberes debe ser un principio jurídico universal. Velar porque esa igualdad jurídica quede garantizada en todos los órdenes de la vida civil es una aspiración legítima y democrática, al menos en el mundo occidental. Pero esta igualdad ante la ley no quiere decir que el hombre y la mujer sean iguales en todos sus comportamientos, y mucho menos quiere decir que no existan diferencias entre ellos por razones puramente biológicas.

Que las mujeres conducen mejor que los hombres es un dato objetivo porque está basado en estadísticas y es un hecho que tiene una base técnica que lo justifica.

Que las mujeres tienen una esperanza de vida superior a la de los hombres es también otra realidad que no se puede negar, porque lo demuestran las tablas de mortalidad, con bases estadísticas, distintas para hombres y mujeres. Y que esas diferencias, basadas en el sexo, deben tener su influencia en el cálculo de la prima, no solo es un principio básico de la ciencia actuarial y de las normas de suficiencia y equidad que regulan la tarificación de las primas (14), sino que, además, es una consecuencia de justicia material y de sentido común. ¿O es que acaso pagar a los hombres una renta superior que a las mujeres por la misma prima del seguro de vida, por tener aquéllos una esperanza de vida media inferior, debe considerarse antijurídico por discriminatorio? (15) ¿Y que las mujeres paguen menos por su seguro de autos que los hombres, por conducir mejor que ellos, debe ser también tachado antijurídico por discriminatorio?

Como decía mi, ahora ya viejo profesor de Derecho Civil, **RODRIGO BERCOVITZ**, cuando nos anunciaba que iba a hacernos exámenes tipo test: los exámenes tipo test –decía– son más fáciles de aprobar si el alumno tiene sentido común, porque las reglas del derecho civil patrio en materia de obligaciones, contratos y derechos reales están regidas por el sentido común.

Cuando la justicia material y el sentido común inspiran las normas jurídicas, éstas perviven en el tiempo, por muchos cambios sociales y tecnológicos, y revoluciones digitales que se produzcan. Al fin y al cabo, si la norma tiene sentido común siempre nos quedará la analogía para colmar las lagunas de las leyes (16). Pero me temo que la tarifa unisex de los seguros no se apoya en estos principios generales del derecho.

(1) Las normas que hace más de un siglo promulgó el legislador de entonces –y que subsistieron hasta la Constitución de 1978– “respondían a un tipo de familia, unas concepciones y hasta unos prejuicios radicalmente patriarcales”. La cruz Verdejo y Sancho Rebullida. Ed. Civitas. 1981.

(2) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de Marzo de 2007).

(3) El Real Decreto 1361/2007, de 19 de octubre, modificó el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados para implantar la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de factores actuariales (BOE de 23 de Octubre de 2007).

(4) Art. 71.1 de la Ley Orgánica 3/2007 y art. 76.6 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

(5) Art. 71.1 y disposición final tercera de la Ley Orgánica 3/2007 en relación con los arts. 34 y 76.7 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y disposición final segunda del Real Decreto 1361/2007. Estas normas tienen su razón de ser en el art.5.2 de la Directiva 2004/113/CE que se cita luego.

(6) Art. 71.2 de la Ley Orgánica 3/2007 en relación con los arts. 34, 76.7 y 80 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

(7) Disposición final octava de la Ley Orgánica 3/2007 y disposición final segunda Real Decreto 1361/2007.

(8) Sin embargo, es costumbre decir que las tarifas unisex tienen su causa en la normativa de la Unión Europea sobre “no discriminación por sexo en los seguros”. En este sentido, véanse las páginas 16 y siguientes del nº 74 de la Revista de la Mutualidad de la Abogacía.

(9) Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (Subdirección General de Ordenación del Mercado de Seguros) de 12 de febrero de 2008.

(10) Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

(11) En efecto, paradójicamente, quedan fuera del ámbito de aplicación de la sentencia los seguros de previsión social y mejoras voluntarias empresariales en los que sí se puede diferenciar las primas por razón del sexo.

(12) Las normas a derogar serán, fundamentalmente, el párrafo 2º del art. 71.1 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, y los arts. 34 y 76.7 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

(13) En efecto, el Tribunal Supremo dio carta de naturaleza a la doctrina establecida en las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, entre otras, de 21 de diciembre de 2001 y de 17 de enero de 2002.

(14) La tarifa de primas se ha de ajustar a los principios de indivisibilidad, invariabilidad, equidad y suficiencia (art. 76.6 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados).

(15) Ver al respecto un reciente artículo sobre el efecto de las nuevas tarifas unisex publicado en la revista de la compañía de seguros alemana Generali Versicherungen.

(16) Conforme al art. 4.1 del Título Preliminar del Código Civil, *ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio iuris debet esse*.



Una valoración económica de los accidentes de tráfico: la necesidad del peritaje actuarial en las Sentencias del Tribunal Supremo

Juan de Dios Jiménez Aguilera

Catedrático de Economía Aplicada
Director Departamento de Economía Aplicada
Universidad de Granada

Los accidentes de tráfico en España

Los datos suministrados tanto por la Dirección General de Tráfico (DGT) como por el Instituto Nacional de Estadística (INE) nos acerca a la realidad de la siniestralidad en España. En el 2011, en la Unión Europea-27 (UE-27) se produjeron más de 30.000 fallecidos en accidentes de tráfico, registrándose en España el 7%, cuando en ese año la población española representaba un 9% de la población europea. Además, España ocupaba en el año 2000 uno de los primeros puestos, con una tasa de 14,8 fallecidos por cien mil habitantes, cuando la europea se situaba en 11,9. En el año 2009 (últimos datos disponibles), España ocupó una de las últimas posiciones, con una tasa de 5,7 fallecidos por cien mil habitantes, por debajo de la tasa europea que fue de 7,4 (Tabla 1).

Tabla 1. Defunciones según la causa de muerte: Accidentes de transporte. Datos europeos
Tasas estandarizadas de mortalidad (1) por país (Unidades: por cien mil personas)

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
	Total									
UE 27	11,9	11,6	11,7	10,7	10,1	9,6	9	8,9	8,2	7,4
Alemania	9,3	8,4	8,3	8	7	6,5	6,1	5,9	5,4	5
España	14,8	13,7	13,1	13	11,3	10,4	9,5	8,7	7,2	5,7
Francia	..	12,7	12	9,9	8,7	8,6	7,7	7,4	6,9	..
Italia	12,1	12,3	11,9	10,9	9,7	9,2	8,3	..
Reino Unido	5,6	5,8	5,9	6	5,7	5,5	5,5	5,3	4,7	4

(1) Puesto que muchas causas de muerte varían de forma significativa con la edad y el sexo de los individuos, el uso de tasas de mortalidad estándar mejora la comparabilidad en el tiempo y entre los países, puesto que su propósito es medir tasas de mortalidad independientemente de las diferentes estructuras de edad de sus poblaciones. Las tasas de mortalidad estándar usadas aquí las calcula la Organización Mundial de la Salud en base a la población europea estándar.

Fuente: INE. Elaboración propia

En un primer momento, los accidentes de tráfico podrían considerarse un problema menor en relación al resto de causas de muerte, ya que debido a “*causas externas*” (incluye accidentes de transporte, caídas y accidentes diversos, otras causas externas de mortalidad y efectos secundarios de tratamientos) se producen en España el 3,68% de todos los fallecidos, mientras que el 0,61% son debidos a accidentes de tráfico. Sin embargo, si se analiza la mortalidad teniendo en consideración la edad, se observa que los accidentes en general, y los accidentes de tráfico en particular, es una de las causas más importante de mortalidad entre los grupos de edad más jóvenes. Como la propia DGT pone de manifiesto, los accidentes son la primera causa de muerte de los españoles entre 15 y 34 años. Por otro lado, el impacto que las defunciones por accidente de tráfico representa sobre la economía española es patente, puesto que el 71,53% de los fallecidos están en edad de trabajar (población entre 15 y 64 años), porcentaje que contrasta con el de las defunciones por “*todas las causas*”, en donde sólo el 15,64% es por accidentes de circulación (Tabla 2). En definitiva, el coste social y económico de la mortalidad por accidentes de tráfico es muy relevante para un país desarrollado como España.

Las cifras de mortalidad representan una pequeña parte del impacto de los accidentes por tráfico en la salud de la población. Éstos producen, además de muertes, lesiones graves que requieren por lo general asistencia sanitaria, y que en muchos casos dejan secuelas de por vida, ya que causan algún grado de incapacidad y generan elevados costes económicos, tanto sanitarios como sociales. Según los datos de la última Encuesta Nacional de Dis-

capacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD2008) realizada por el INE, los accidentes en general son la tercera causa de discapacidad, y dentro de éstos los de tráfico son la segunda causa después de los laborales.

Estimar los costes de los accidentes de tráfico puede ayudar a comprender la gravedad del problema, además de invertir en medidas para prevenirlos. La estimación debería incluir tanto los costos directos –que contemplarían la prestación de atención sanitaria, rehabilitación, etc.– como indirectos, que recogerían el valor de las pérdidas en los ingresos para los accidentados y sus familias. En España, el estudio realizado en 2011 por la Asociación de Prevención de Accidentes de Tráfico PAT¹, acerca del impacto de los siniestros de tráfico en la víctimas y afectados, viene a coincidir con los resultados del estudio de la FEVR (Federación Europea de Víctimas de la Carretera), el cual muestra que el 90% de los familiares de las víctimas mortales y de personas con graves secuelas permanentes se consideran también víctimas del accidente y dicen sufrir directamente las consecuencias del siniestro en sus vidas. En la última década 266.506 familias españolas han sido víctimas de un siniestro de tráfico grave y, atendiendo a los datos de la encuesta, no se sienten respaldadas ni por la justicia ni para las administraciones. Un dato revelador: el 57,1% de los encuestados declara no estar satisfecho en la relación con las compañías aseguradoras, que se perciben como entidades que no facilitan los trámites ni proporcionan la información adecuada, al

¹ En http://www.pat-apat.org/archivos/notas_prensa/2011/NP-presentacion_estudio_es.pdf.

Tabla 2. Defunciones según la Causa de Muerte 2010

	Todas	< 14 años		De 15 a 24 años		De 25 a 34 años		De 35 a 44 años		De 45 a 54 años		De 55 a 64 años		De 65 a 74 años		> 75 años	
		Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%
Todas las causas	382.047	2.336	0,6	1.319	0,3	2.960	0,8	7.430	1,9	17.555	4,6	30.479	8,0	53.129	13,9	266.839	69,8
Causas externas de mortalidad	14.066	209	1,5	654	4,6	1.220	8,7	1.805	12,8	1.699	12,1	1.392	9,9	1.540	10,9	5.547	39,4
Accidentes de tráfico de vehículos de motor	2.336	78	3,3	312	13,4	411	17,6	389	16,7	316	13,5	243	10,4	252	10,8	335	14,3

Fuente: INE. Elaboración propia

contrario, imponen sus intereses a los de las víctimas y afectados.

El coste económico de los accidentes de tráfico en España

En un contexto económico, a medida que un país esté más desarrollado, la estimación de los impactos de los accidentes de tráfico se convierte en un aspecto fundamental tanto para resarcir a las familias de los accidentados de la disminución de ingresos derivada de la pérdida de producción como para conseguir el adecuado nivel de inversión en actividades de prevención de siniestros de circulación.

Un cálculo reciente ha sido realizado por la Fundación Instituto Tecnológico para la Seguridad del Automóvil (FITSA), estableciendo una metodología para estimar el coste de los accidentes de tráfico en España² (2008). En su informe incorpora los siguientes elementos: 1) Los costes administrativos (trabajo dedicado por la policía, los jueces y abogados, las compañías de seguros, etc.); 2) Los costes materiales (reparación o sustitución de los vehículos implicados en los accidentes, reparación de los daños ocasionados en las vías de circulación, la pérdida de pertenencias o equipajes destruidos durante los accidentes, etc.); 3) Los costes asociados a las víctimas de los accidentes, que incluyen tanto los costes humanos (ligados al sufrimiento infligido a las víctimas), los costes médicos (asociados a la asistencia sanitaria recibida), además de los costes derivados de la pérdida de producción (durante el periodo de baja laboral y, en el caso de los fallecidos o de los incapacitados totales, a lo largo de toda la vida laboral pendiente hasta la edad de jubilación).

² Los costes estimados pueden ser contemplados, desde otra perspectiva, como los beneficios asociados a su prevención.

El informe realizado por FITSA, evidencia que los accidentes de tráfico destruyen cada año en España un valor aproximado a los 16.000 millones de euros, cifra que supera el 1,5% del Producto Interior Bruto (PIB) nacional. La cuantía obtenida es similar al calculado en diferentes estudios realizados en las principales economías europeas. En la determinación de las pérdidas de productividad se incluye parámetros como el PIB per cápita español, la edad de los fallecidos en accidentes de tráfico, la duración media de las bajas laborales por accidente de circulación (en el caso de los lesionados), la tasa de personas desempleadas, etcétera. Las estimaciones de pérdidas productivas tienen también en cuenta el trabajo de las personas no asalariadas, en especial el trabajo en el hogar.

Recientemente, en el 2011 la DGT ha financiado un estudio en donde se estiman los costes asociados a los accidentes de tráfico con víctimas. Como resultado, un fallecido supondría un coste de 1,4 millones de euros, mientras que los costes asociados a un herido grave serían de 219.000 euros y un herido leve de 6.100 euros. En estos datos se incluyen los costes directos e indirectos (gastos médicos, administrativos, etc.), así como el precio actuarialmente justo asociado a las primas que estaría dispuesta a pagar la sociedad por disminuir el riesgo de morir en un accidente de tráfico, conocido como el valor estadístico de una vida³ (VEV). Aplicando los parámetros anteriores, se obtiene que los costes totales en España asociados a las víctimas de tráfico, estarían comprendidos en una horquilla con un mínimo de 6.000 millones de euros y un máximo de 11.000 millones de

³ El valor de la vida estadística es el nivel de inversión que se puede justificar para salvar una vida. Es la valoración de un cambio en el riesgo, de tal manera que pueda salvarse una vida; no se refiere a la valoración del valor de la vida de un individuo específico.



euros⁴. En relación al porcentaje del PIB que representan estos costes, estarían comprendidos entre un 0,56% y un 1,04%.

Las diferencias entre los dos estudios anteriores radican en los diferentes métodos utilizados para calcular el coste económico. En el caso del FITSA, aunque la cifra media estimada era de 16.000 millones de euros, existe un límite inferior (13.000 millones) que se corresponde a los cálculos realizados utilizando el método de las indemnizaciones. Este método valora los costes a partir de las indemnizaciones medias pagadas por las compañías de seguros a las víctimas de accidentes de tráfico. El límite superior

se corresponde con el resultado de utilizar un método simplificado basado en la disposición al pago. En el caso del estudio realizado por la DGT, los valores imputados a cada accidentado (fallecido, herido grave y herido leve) representarían el calculado a través del VVE, comentado anteriormente.

Métodos para calcular los costes humanos asociados a los accidentes de tráfico.

Aunque el valor de la vida humana es incalculable⁵, en términos prácticos hemos de explorar en la búsqueda de un valor aproximado. Así lo hacen las aseguradoras cuando establecen

⁴ Para esta estimación el coste total por cada grupo de víctimas serían: fallecidos (2.884,0 millones de euros); heridos graves (4.858,3 millones de euros); y heridos leves (3.347,5 millones de euros).

⁵ Podemos aceptar que todas las vidas merecen la misma consideración y cada ser humano en este mundo es valioso e inestimable para él y su familia, de manera que su valor es infinito.



coberturas de riesgo, el legislador que promueve determinadas políticas, el juez que administra justicia, el trabajador que cobra un complemento por asumir un determinado riesgo en el trabajo, etc. En el campo de la economía, se han publicado numerosas investigaciones respecto al valor esperado de una vida humana. Nos vamos a centrar en tres⁶ grandes métodos de estimación.

1. Método del capital humano. Según este criterio, el valor de la vida se obtiene mediante el cálculo de los salarios perdidos como consecuencia de los daños ocasionados, consecuencia de lesiones de carácter temporal o permanente, o de la pérdida de la vida. Por tanto, son

⁶ En principio, no recogemos en este apartado el método de las indemnizaciones, comentado anteriormente, por su simplicidad analítica.

los ingresos esperados a lo largo de la vida laboral los que determinarían el valor de la vida humana. Así, cuanto menor sean los ingresos esperados o cuanto mayor sea la edad de un trabajador menor será su valoración. Este método utiliza únicamente los ingresos esperados, y deja al margen todos aquellos factores que, aparte de los ingresos monetarios, influyen en el bienestar y la calidad de vida, al no tomar en cuenta el valor y el goce de la vida interrumpida. Por lo que este método, que fue uno de los primeros en ser utilizado, para valorar monetariamente la vida, ha quedado un poco relegado, al centrarse exclusivamente en los ingresos esperados.

2. Método de los años de vida ajustados por calidad (AVAC). Este método de valoración ha sido utilizado sobre todo en el sector de la salud y de política sanitaria a la hora de estimar el coste-beneficio (o coste-eficacia) de tratamientos médicos, y combina criterios para valorar la vida en términos cualitativos y cuantitativos: años de vida ajustados por calidad (AVAC); esperanza de vida libre de discapacidad (EVLD), etc. Proporciona una medida del bienestar disfrutado a lo largo de la vida. El planteamiento de este método se ajusta al siguiente esquema: cada año vivido con plena salud recibe la máxima valoración (1), por lo que un estado de salud afectado por alguna enfermedad, dolencia o discapacidad, recibirá un menor valor (inferior a 1), hasta llegar al que corresponde a un estado de salud que se considera equivalente a la muerte (0).

3. Método de la disposición al pago. Denominado también de las “*preferencias declaradas*”. Un principio subyacente de la ciencia económica es que el valor de un bien está determinado por el precio que la gente está dispuesta a pagar por él. En este contexto, la seguridad es un bien como cualquier otro y lograr una reducción del riesgo requiere un gasto, por lo que se exige necesariamente un mecanismo de compensación entre la riqueza y el nivel de seguridad deseado. Este método está basado preferentemente en encuestas en donde se pregunta a los entrevistados qué cantidad de dinero estarían dispuestos a pagar para beneficiarse de una determinada reducción en el riesgo de sufrir un accidente. En general, el método es utilizado para asignar un valor económico a aquellos bienes que no son de mercado, que por tanto no pueden valorarse en el mercado para conocer su verdadero valor.

Este método se basa en evaluar el valor que los individuos le otorgan a las mejoras en se-

guridad, al estimar la cantidad de dinero que las personas estarían dispuestas a pagar para reducir el riesgo de que se pierda una vida. Si bien tiene una justificación teórica adecuada, existen problemas prácticos para hacer estimaciones concretas de la disposición de una persona a pagar para reducir un riesgo. Por otra parte, la disposición a pagar para evitar la pérdida de una vida estadística está influenciada por el efecto de contexto (la gravedad percibida de un accidente de tráfico) y los efectos de escala (el número de víctimas que produce un accidente de tráfico).

A pesar de todo, este método de la disposición al pago es el de mayor interés en muchos países, al considerarse como el más representativo para estimar el coste humano ocasionado por los accidentes de tráfico. Países como Reino Unido, Estados Unidos, Noruega, Suecia, Países Bajos o Suiza sustentan sus valoraciones oficiales de la vida estadística en dicho criterio. Por otra parte, la utilización de este método también tiene una justificación adicional para las administraciones públicas, y es que las decisiones tomadas por un gobierno deben, idealmente, reflejar los intereses y preferencias de todos aquellos individuos que van a resultar afectados por dichas decisiones. En España, el estudio financiado por la DGT (2011) ha estimado el VEV en 1,4 millones de euros.

Las indemnizaciones derivadas de los accidentes de tráfico

Aunque no es estrictamente un método para calcular la vida humana, en la práctica las indemnizaciones por accidentes de tráfico se convierte en una primera referencia de la misma. En una primera etapa, estarían basadas en las cuantías medias pagadas por las compañías aseguradoras a las víctimas de accidentes o a sus familiares. Aunque en los procesos litigiosos pueden ser complementadas por otros conceptos, que aproximan a un valor más ajustado de la vida humana.

En España, la determinación de los daños y perjuicios derivados de accidentes de circulación ha sufrido un proceso evolutivo gradual, hasta la aprobación de la LRCSCVM (RDL 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor), que ha introducido en su Anexo, el denominado "*Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*" (Baremo). En su apartado Primero se precisan algunas caracte-

rísticas de este sistema: 1) Este sistema se aplica a la valoración de todos los daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso (apartado Primero.1); y 2) Darán lugar a indemnización la muerte, las lesiones permanentes, invalidantes o no, y las incapacidades temporales (apartado Primero.5).

En el marco de la LRCSCVM, la indemnización que corresponde a un lesionado se compone de: gastos de asistencia médica y hospitalaria; indemnización por incapacidad temporal; e indemnización por lesiones permanentes. En el caso de la indemnización por incapacidad temporal se calcula multiplicando el número de días de baja por el coste diario, fijado en el anexo de la Ley. En cuanto a, la indemnización por lesiones permanentes, el sistema es más complejo: 1) se asignan puntos a cada lesión, en función del tipo de lesión permanente producida (pueden sumarse puntos por perjuicio estético); 2) a la puntuación anterior se le aplica el valor económico unitario del punto, que es inversamente proporcional a la edad del lesionado; y 3) sobre la cuantía resultante, se aplican unos factores de corrección que dependen de: ingresos netos de la víctima, daños morales complementarios, grado de incapacidad para la ocupación o actividad habitual, necesidad de ayuda de otra persona, adecuación de la vivienda, perjuicios morales de familiares, pérdida de feto a consecuencia del accidente, y adecuación del vehículo propio.

El Anexo de la LRCSCVM se divide en diversas tablas, en donde se estructuran las reglas para determinar el importe de los daños y perjuicios que puede sufrir la víctima de un accidente de circulación, con supuestos diversos. La Tabla I contiene las indemnizaciones básicas por muerte, y para la determinación de los daños se tienen en cuenta tanto el número de los perjudicados, y su relación con la víctima, como de la edad de la víctima. La Tabla II pondera los factores de corrección en caso de fallecimiento del perjudicado, al no satisfacer las indemnizaciones básicas por muerte los daños y perjuicios producidos, tanto morales como materiales, y teniendo en cuenta aspectos tales como los ingresos que tenía la víctima en el momento de fallecimiento, circunstancias familiares especiales, etc. La Tabla III regula las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes, fijándose el valor del punto en euros en función inversamente proporcional a la edad del perjudicado, determinándose la cuantía según los puntos y la edad de la víctima. La Tabla IV concreta los factores de corrección de las lesiones perma-

nes (Perjuicios económicos; Daños morales complementarios; Lesiones permanentes que constituyan una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima; Grandes inválidos; Adecuación de la vivienda; Embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente; Adecuación del vehículo propio), con el fin de fijar concretamente la indemnización por los daños morales y perjuicios económicos ocasionados⁷. La Tabla V recoge las indemnizaciones por incapacidad temporal, que son compatibles con las indemnizaciones por lesiones permanentes y se determinan por un importe diario. Finalmente, la Tabla VI clasifica y valora las lesiones permanentes, con las horquillas de las puntuaciones por cada secuela. La Tabla 3 resume y estructura las distintas tablas comentadas anteriormente

Tabla 3. Indemnizaciones contempladas en la LRCSCVM			
	Muerte	Lesiones permanentes	Incapacidad temporal
Indemnización Básica	Tabla I	Tablas III Tabla VI	Tabla V.A
Factores de corrección	Tabla II	Tabla IV	Tabla V.B

Tabla I Indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales

Tabla II Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por muerte

Tabla III Indemnizaciones básicas por lesiones permanentes (incluidos daños morales)

Tabla IV Factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes

Tabla V Indemnizaciones por incapacidad temporal

Tabla V.A Indemnización básica (incluidos daños morales)

Tabla V.B Factores de corrección

Tabla VI Clasificaciones y valoración de secuelas

Fuente. Anexo de la LRCSCVM. Elaboración propia

Algunos rasgos caracterizadores del Baremo pueden apuntarse. Uno, es su carácter vinculante, limitándose el Juez a determinar el alcance del daño corporal, aplicándolo atendiendo a las circunstancias que en él se identifican como relevantes (gravedad de la lesión, edad y circunstancias familiares y personales, de la víctima o del lesionado). Dos, el sistema incluye tanto el daño moral como al lucro cesante, pero no incluye las partidas de daño material ni los gastos médico-hospitalarios. Por último, sus cuantías se actualizan anualmente mediante resolución de la Dirección General de Seguros y

Fondos de Pensiones (DGSFP), con efectos de primero de enero de cada año.

En conclusión, las indemnizaciones básicas y los factores de corrección contempladas en el Baremo producen efectos contrapuestos. Si bien su existencia significa que se ha ganado en seguridad jurídica, en cuanto que existe un conjunto de normas para valorar estos daños, aparecen bastantes incertidumbres en su aplicación concreta. Además, aún cuando la indemnización de los daños corporales es difícil de evaluar, la aparición del baremo ha conseguido alcanzar cierta estabilidad, al tratar de normalizar la indemnización que corresponde en función de los días que se tarda en curar de las lesiones, de los días de hospitalización, las secuelas que quedarán, etc. Además, está ajustada en función de los ingresos de la persona, la familia a su cargo, la posible situación de dependencia en que pueda quedar, la importancia de las secuelas que presente, etc.

El tratamiento del lucro cesante en la LRCSCVM

Uno de los aspectos del actual baremo de indemnizaciones sobre el que existe un amplio consenso es la necesidad de ser revisado, sobre todo en lo relativo a la valoración económica de la indemnización a otorgar por los perjuicios económicos futuros (Xiol Ríos, 2008). Estos deben entenderse como todo daño económico que se deriva del accidente de tráfico y que en el momento de la valoración de la indemnización económica aún no se ha materializado. Entre los perjuicios económicos futuros están los costes que la víctima deberá afrontar y los ingresos que dejará de percibir como consecuencia del accidente. Uno de los costes futuros más relevantes es aquel que aparece cuando el accidente ha producido en la víctima una situación de dependencia, por la cual necesitará ayuda de una tercera persona para la realización de las actividades básicas de la vida diaria durante el resto de su vida. En relación a la pérdida de ingresos futuros, será más acusada cuando la víctima sufre una invalidez laboral permanente o de gran invalidez (incapacidad laboral). Ambos perjuicios económicos suponen un flujo constante de cuantías económicas, hasta la jubilación (en el caso de la invalidez laboral) o hasta la muerte (en el caso de la dependencia).

El sistema de valoración del Anexo de la LRCSCVM barema tanto los daños personales (muerte, daños corporales y daño moral) como los daños de contenido económico que sean consecuencia de los primeros. Estos últimos incluyen desde el lucro cesante hasta los gastos

⁷ Es de destacar en esta tabla que contiene un factor de corrección de signo contrario, es decir, un porcentaje de reducción de hasta el 75% por la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias.

asociados a la necesidad de adecuar la vivienda o de ayuda de otra persona. El artículo Primero.7 del Anexo es concluyente: *“Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado”*.

A diferencia del daño emergente, que se corresponde al valor o precio de un bien o cosa que ha sufrido daño o perjuicio, el lucro cesante hace referencia a la ganancia, a la renta que una persona deja de percibir como consecuencia del perjuicio o daño que se le ha causado. De acuerdo con el artículo 1.106 del CC, el lucro cesante es la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor como consecuencia del hecho del que se es responsable. Pero en ambos casos (daño emergente y lucro cesante), es necesaria la valoración por un perito de los perjuicios económicos producidos.

Un aspecto a tener en cuenta es que el lucro cesante puede ser tanto actual como futuro, como también puede existir daño emergente actual y daño emergente futuro. Por ejemplo, en un accidente de circulación con lesiones corporales será: 1) daño emergente actual, el coste de reposición del vehículo y los gastos de farmacia y hospital; 2) lucro cesante actual, los perjuicios derivados de la imposibilidad de la víctima para trabajar mientras dure la convalecencia; 3) daño emergente futuro, los gastos que deberá acometer para afrontar el tratamiento de las secuelas permanentes; y 4) lucro cesante futuro, las ganancias que se dejaron de percibir como consecuencia de la incapacidad permanente.

Respecto de la determinación del lucro cesante, algunos aspectos merecen comentarse para su posible utilización como elementos de un informe pericial:

1. El lucro cesante debe probarse. Como se ha puesto de manifiesto recientemente, la prueba del lucro cesante se asocia constantemente al rigor o criterio restrictivo con el que se debe valorar la existencia del mismo. No obstante, no faltan pronunciamientos en los que se afirma que *“lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar como en todo caso debe probarse el hecho con cuya base se reclama una indemnización, se ha de probar el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y*

la realidad de éste, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión” (GARNICA MARTÍN, 2007). La única diferencia que realmente existe entre la prueba del lucro cesante y la prueba de cualquier otro hecho constitutivo de una pretensión es que el lucro cesante no está referido a un hecho acontecido sino a un hecho que podría haber acontecido y que no se produjo. De ello se derivará una consecuencia esencial: el objeto de la prueba no podrá ser nunca de forma directa la propia ganancia frustrada sino otros hechos que sean indicativos de que la misma se habría realmente producido.

2. El informe pericial debe constatar una cierta discrepancia con los valores contenidos en el Baremo. Por ejemplo, la indemnización judicial por la muerte en accidente de tráfico de un joven de 26 años, con padres y un único hermano también mayor de edad, que está a punto de comenzar a trabajar tras haber terminado sus estudios brillantemente (y con unas inmejorables expectativas profesionales) podría situarse en el entorno de los 100.000 euros. Esta cantidad equivaldría con toda probabilidad a su salario acumulado únicamente en los primeros tres o cuatro años de trabajo. Por otro lado, si ese mismo joven no falleciera y trabajara aproximadamente 35 años con un salario medio anual de 40.000 euros, su generación bruta de riqueza sería equivalente a alrededor de 1.400.000 euros (35x40.000).

En definitiva, a los efectos de indemnizar el lucro cesante, que se entiende como un nuevo factor de corrección, se deben cumplir los siguientes requisitos: 1) Que se haya probado debidamente la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos y el lucro cesante realmente padecido; y 2) Que éste no resulte compensado mediante la aplicación de otros factores de corrección, teniendo en cuenta, eventualmente, la proporción en que el factor de corrección por incapacidad permanente pueda considerarse razonablemente que comprende una compensación por la disminución de ingresos.

El Tribunal Supremo (sentencia de fecha 25 de marzo de 2010) ha concedido por primera vez, desde que entrara en vigor la Ley 30/1995, de 10 de noviembre, el lucro cesante causado por lesiones permanentes que impidan una actividad de carácter laboral, por accidente de circulación. En esta Sentencia, el Tribunal Supremo sienta las bases para que se pueda reclamar: los perjuicios que se ocasionen en la perspectiva profesional, en el momento del accidente, han

de ser mayores que el que le corresponda con arreglo al baremo, siempre que del accidente se haya derivado una incapacidad permanente. Esta sentencia ha sido calificada de haber supuesto una sorpresa así como un gran avance (LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, 2012), que parte de que la determinación del daño se funda en el principio de reparación íntegra de los daños y perjuicios causados. Así se infiere del artículo 1.2 LRCSCVM, el cual define como daños y perjuicios determinantes de responsabilidad «los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales».

El carácter innovador y trascendente de esta sentencia, se basa en que el lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima en caso de incapacidad permanente no es susceptible, con arreglo al Sistema de valoración, de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales. Esta sentencia supone un ímprobo esfuerzo para, manteniéndose dentro del Baremo, conseguir en cierta medida acercarse al principio de la íntegra reparación de los daños causados a las personas en accidentes de circulación (LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, 2012).

La Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 25 de marzo plantea que la aplicación del nuevo factor de corrección (lucro cesante) debe sujetarse a los siguientes principios: 1) La corrección debe hacerse en proporción al grado de desajuste probado, con un límite máximo admisible, que en este caso es el que corresponde a un porcentaje del 75% de incremento de la indemnización básica, pues éste es el porcentaje máximo que se fija en el factor de corrección por perjuicios económicos; 2) La aplicación de este nuevo factor de corrección de la Tabla IV para la compensación del lucro cesante ha de entenderse que es compatible con el factor de corrección por perjuicios económicos; 3) El porcentaje de incremento de la indemnización básica debe ser suficiente para que el lucro cesante quede compensado en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el Sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente; y 4) El porcenta-

je de incremento sobre la indemnización básica por incapacidad permanente no puede ser aplicado sobre la indemnización básica concedida por incapacidad temporal.

Desde la perspectiva de los informes actuariales, la STS de 25 de marzo de 2010 ha abierto un horizonte novedoso y sumamente interesante de cara a probar la existencia del lucro cesante, de forma que estos informes tengan un reflejo en las cuantías indemnizatorias:

1. La STS de 25 de marzo de 2010 plantea una cuestión relevante. La estimación del informe pericial se fundamenta porque con su rechazo se impide una prueba concreta del lucro cesante, sosteniendo que en el caso enjuiciado concurren los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para que sea procedente el abono de la indemnización por lucro cesante.

2. La STS de 29 de marzo de 2010 estima igualmente la existencia de lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima, en caso de incapacidad permanente. Aunque no es susceptible con arreglo al Sistema de valoración de ser resarcido íntegramente, pero sí de ser compensado proporcionalmente (mediante la aplicación del factor de corrección por elementos correctores) por encima de lo que pueda resultar de la aplicación de los factores de corrección por perjuicios económicos y por incapacidad permanente cuando concurren circunstancias que puedan calificarse de excepcionales. Pero, a diferencia de la Sentencia del 23 de marzo se desestima la indemnización por lucro cesante por la falta de prueba directa sobre la cuantía de lucro cesante.

3. Finalmente, la STS de 31 de mayo de 2012 se reitera en los mismos fundamentos, y al recoger el informe actuarial la existencia de un grave desajuste entre el factor de corrección por perjuicios económicos, de aplicación sobre la indemnización básica por lesiones permanentes, y el lucro cesante realmente padecido, se estima que debe aplicarse ponderadamente como factor de corrección por concurrencia de la circunstancia excepcional de existencia de lucro cesante.

Algunas cuestiones del informe pericial para determinar el lucro cesante

1. Los métodos de valoración de la vida humana en la práctica

Una aproximación real al cálculo del valor de la vida humana presenta ciertas dificultades

dependiendo del método de valoración utilizado, sobre todo en lo que respecta al método de la disposición al pago y el de los años de vida ajustados por calidad. Así, la conveniencia de utilizar sistemas como el del capital humano, e incluso el de las indemnizaciones, nos aproximan mejor a su determinación práctica.

El método de la disposición al pago mide el valor de la vida a partir de la cantidad máxima de dinero que una persona está dispuesta a pagar para disminuir el riesgo de muerte (ROIG DAVISON y RUIZ GARCÍA, 2006). La idea es simple: si un individuo renuncia a una cantidad de dinero K a cambio de disminuir la probabilidad de morir, supongamos en un 1%, entonces se deduce que para evitar un riesgo de muerte del 100% (una muerte segura) esa persona estaría dispuesta a pagar 100 veces K . Por ejemplo, si una persona está dispuesta a pagar hasta 3.000 euros por tener un coche más seguro (a igualdad del resto de características), porque disminuye la probabilidad de muerte en un 0,005, que equivale a un 0,5% (pasando por ejemplo su probabilidad de morir del 1,2% al 0,7%), entonces el Valor Estadístico de la Vida (VEV) es 200 ($1/0,005$) veces 3.000 euros, es decir, 600.000 euros.

Pero la aplicación del anterior método no está exento de problemas. Uno de ellos, es que el cálculo del VEV implica que la valoración de pequeños riesgos puede ser extrapolada de manera lineal hasta el límite de probabilidad del 100%, donde la certeza de la muerte es absoluta. A medida que nos acerquemos a esta situación (muerte segura), es casi seguro que la cantidad necesaria para compensar ese riesgo será más que proporcional. Otro problema viene dado porque el método de la disposición al pago parte del presupuesto de que los individuos son racionales, de forma que si conoce en todo momento su probabilidad de morir puede calcular la cantidad de dinero que debe pagar para reducir el riesgo de muerte y así maximizar su utilidad. Finalmente, algunos autores sostienen que valorar los accidentes mortales y por tanto estimar el VEV es muy difícil en la práctica, dado que los individuos no tienen unas preferencias lo suficientemente definidas ante el riesgo, que además pueden presentar niveles de aversión al riesgo diferentes, de forma que el VEV de una persona será mayor cuanto más adversa al riesgo sea.

Respecto del método de los años de vida ajustados por calidad (AVAC), en la práctica se deriva del anterior, ya que el valor monetario de los AVAC puede obtenerse a partir del





VEV (NAVARRO ESPIGARES y MARTÍN SEGURA, 2008). De hecho el VEV podría ser considerado como el valor presente descontado de los AVAC que un individuo espera tener durante su toda vida. Este procedimiento de computo implica calcular previamente el VEV y después dividir este valor entre los años de vida libres de discapacidad (EVLVD) estimados para una población determinada. Como dicen estos autores, este procedimiento permite obtener el valor de un AVAC a partir del VEV siempre que se utilice: 1) una tasa de descuento apropiada; 2) el número de años que se espera vivir; y 3) la calidad de vida que se espera disfrutar durante estos años.

2. Una aproximación a la cuantificación del coste económico de un hijo.

Es frecuente encontrarse con situaciones de desamparo para los miembros de menor edad de una familia, cuando su progenitor, que ejerce una actividad laboral remunerada, es víctima de un accidente de tráfico. Además de la situación afectiva y personal, suele producirse también un descenso de las rentas monetarias familiares que pueden truncar las perspectivas de futuro de los hijos. Desde el análisis económico, las aportaciones del economista G. BECKER son interesantes, al modelizar la institución familiar. Por ejemplo, desde el punto de vista económico, BECKER plantea que para los padres los hijos pueden ser considerados bienes de consumo que, al igual que otras mercancías, producen muchas satisfacciones pero que a su vez tienen un precio. El precio consiste en el tiempo y los bienes asociados a su mantenimiento y crianza.

Esta teoría presenta rasgos muy originales. Cuando se plantea la necesidad por parte de unos padres de tener un hijo, éstos pueden realizar una valoración de los ingresos y costes monetarios que prevén que dicho hijo va a suponer en el futuro. Si los ingresos superan los costes, los hijos son considerados como un bien de inversión, pero si dichos ingresos no cubren los costes, entonces vienen a ser un bien de consumo. Por eso, en los países subdesarrollados la gente tiene muchos hijos y en los desarrollados no. Una extensión del análisis proviene del que las bajas tasas de natalidad existentes en los países desarrollados, entre los que destaca España que está muy por debajo de la tasa de reemplazo, se deben en parte al elevado coste de la crianza de los hijos, especialmente cuando las mujeres tienen mayor nivel educativo y una preferencia por dirigirse al mercado de trabajo.

Otra extensión está relacionada con el contexto demográfico, que está cambiando drás-

ticamente, en países de la UE en general, y de España, en particular. El sector de la población en edad de trabajar está empezando a disminuir, mientras que el de las personas de más 65 años está creciendo. Al mismo tiempo, la estructura de los hogares está cambiando. Los matrimonios son cada vez menos frecuentes y se celebran en edades más tardías, por lo que disminuye el número de parejas con hijos. Estos cambios han provocado una tendencia hacia hogares más pequeños en todos los grupos de edad. Una forma de explicar estos cambios es en términos económicos. Un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema Las mujeres y la pobreza en la Unión Europea (Diario Oficial C 024 de 31/01/2006), pone de manifiesto la mayor independencia financiera que tienen las mujeres gracias a las oportunidades laborales de que dispone fuera del hogar, y que también han aumentado los costes relacionados con el embarazo, de forma que *“cuanto más elevados son los ingresos de una mujer y más elevado es su estatus profesional, mayor es su renuncia, en términos de posible evolución profesional e ingresos, si abandona el mundo laboral, ya sea de manera temporal o permanente, para tener hijos”*.

Las consideraciones anteriores no deben interpretarse como una primacía de lo económico. Las relaciones humanas se explican en gran parte fuera del análisis coste-beneficio. La decisión de tener un hijo se enmarca prioritariamente en las relaciones afectivas, anteponiendo lo gratuito y lo importante. Pero, un elemento a tener en cuenta, en el caso de familias que deben obligatoriamente trabajar fuera de su casa para poder vivir y mantenerse, es la situación económica en el momento de decidir tener un hijo.

Analicemos el caso concreto de una familia, en la que existe un único perceptor de rentas, cuyos ingresos brutos anuales coinciden con los de un trabajador español, que según la Encuesta de Estructura Salarial para el 2010 (últimos datos publicados por el INE) era de 22.790,20 euros. Si en esa familia conviven además 1 o 2 hijos menores de edad, el fallecimiento o incapacidad permanente para el trabajo, tendrá perjuicios económicos futuros. Por ejemplo, desde la perspectiva del consumo familiar, un indicador de gasto por persona se recoge en la Encuesta Continua de Presupuestos Familiares (ECPF), elaborada por el INE. Esta encuesta suministra información anual sobre la naturaleza y destino de los gastos de consumo, así como sobre diversas características relativas a las condiciones de vida de los hogares. Los datos para el 2011 recogen un gasto medio por persona que se situó en 11.137 euros anuales.

En la medida que el número de hijos menores de edad sea mayor y que el único cónyuge existente tenga dificultades para acceder al mercado, el lucro cesante como consecuencia de un accidente de tráfico, por fallecimiento lesiones permanentes, invalidantes para el trabajo, podrán ser muy importantes, afectando a la calidad de vida de la unidad familiar familiares.

Principal bibliografía utilizada

ABELLÁN PERPIÑÁN, J. M. et al. (2011): *El valor monetario de una vida estadística en España. Estimación en el contexto de los accidentes de tráfico*, Universidad de Murcia y Universidad Pablo Olavide de Sevilla.

GARNICA MARTÍN; J. F. (2007): *La prueba del lucro cesante*, Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 21, pp. 45-64.

LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, J. (2007): *Manual de Valoración del Daño Corporal. Guía de aplicación del sistema de baremación para accidentes de circulación*, Pamplona, Thomson, Aranzadi.

LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA; J. (2012): *La regulación de los daños en accidentes de circulación en España*, XXVIII Congreso de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas, Bamberg.

NAVARRO ESPIGARES; J. L. Y MARTÍN SEGURA, J. A. (2008): *Evaluación económica del daño moral en el ámbito de los accidentes de trabajo: un método basado en indicadores, estadísticos normalizados*, Medicina y Seguridad del Trabajo, nº 211.

PINTOS AGER, J. (2000): *Baremos*, InDret Revista para el Análisis del Derecho.

ROIG DAVISON, M. A. Y RUIZ GARCÍA, C. A. (2006): *La valoración de la vida humana. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15.2.2006*, InDret, Revista para el Análisis del Derecho.

XIOL RÍOS, J. A. (2008): *Necesidad de un cambio en el Sistema de Valoración del daño corporal*, XVI Congreso de Responsabilidad Civil, 6-7 marzo, Barcelona.

XIOL RÍOS, J. A. (2012): *El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte*, Revista de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, nº 41, pp. 41-68.

Recíproca colisión entre dos vehículos de motor sin prueba de la contribución causal de cada uno de ellos. Atribución de responsabilidad

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 10 de septiembre de 2012*.
Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

Con la finalidad de facilitar la comprensión del caso planteado se formula a continuación un resumen de antecedentes, los cuales pueden ser consultados con más extensión y detalle en los Antecedentes de Hecho de esta resolución:

1. El día 31 de marzo de 2003 tuvo lugar un accidente de circulación por colisión de dos vehículos que circulaban en sentido contrario, a consecuencia del cual resultó lesionado el demandante y ahora recurrente.

* Nota de la redacción: El interés de esta sentencia hace que se incluya en este número, a pesar de corresponder al tercer trimestre de 2012, pero dado a que no se comunicó a las partes hasta noviembre de 2012 no fué posible incluirla en el pasado número de esta revista

2. Por estos hechos se siguió procedimiento penal contra el segundo conductor, que finalizó con sentencia de la AP de Vizcaya de 1 de julio de 2005, absolutoria de los delitos contra la seguridad del tráfico y lesiones por los que había sido acusado. Dicha sentencia declaró que no pudo probarse que fuera el vehículo del acusado el que invadió el carril contrario.

3. El primer conductor perjudicado formuló demanda contra la aseguradora del segundo vehículo, en reclamación de la indemnización que estimaba pertinente por lesiones y lucro cesante, más intereses legales y costas. A esta reclamación se opuso la aseguradora, que negó la existencia del siniestro ni su resultado, pero sí la responsabilidad de su asegurado -por falta de influencia causal en el accidente- y el importe de los daños.

4. El Juzgado desestimó la demanda por no haberse acreditado el lugar del impacto ni cuál de los dos vehículos fue el que invadió el carril contrario y ocasionó el accidente.

5. La AP confirmó el fallo de primera instancia en lo sustancial, dado que solo estimó el recurso del demandante en lo referente a la no-imposición de costas y mantuvo el resto de pronunciamientos. En síntesis, tras valorar la prueba en su conjunto, declaró que: (a) el demandante sufrió daños materiales y corporales a consecuencia del accidente; (b) desde la perspectiva de la causalidad, no podía prescindirse de los hechos declarados probados en sede penal, donde, en atención al atestado y a las testificales de los agentes que depusieron, se concluyó que no existía prueba alguna de que hubiera sido el vehículo del acusado el que invadiese el carril contrario; (c) en supuestos de colisión entre vehículos a motor, con daños para ambos, no opera la inversión de la carga de la prueba que resulta del criterio de imputación que rige en materia de responsabilidad civil de tráfico, pues lejos de presumirse la culpa y recaer en el agente la carga de acreditar su comportamiento diligente, en la medida que ambos conductores se hallan en la misma situación por el riesgo generado por su conducción, cada uno debe probar la culpa del contrario, lo que no se hizo; y (d), que partiendo de lo razonado, y de las tradicionales reglas sobre carga de la prueba que obligan a cada parte a demostrar los hechos constitutivos de su pretensión, procedía confirmar la decisión desestimatoria de primera instancia al no existir prueba que permita avalar como cierta la versión de los hechos aducida por el demandante-apelante, por falta de acreditación del lugar exacto del siniestro y de

que fuera el vehículo del demandado el que invadiese el carril del sentido contrario por el que circulaba el perjudicado.

6. Recurre en casación la parte actora-apelante al amparo del artículo 477.2.2.º LEC, por tratarse de un asunto tramitado por razón de la cuantía, siendo esta superior al límite legal.

SEGUNDO.- Causas de inadmisibilidad del recurso de casación propuestas por la parte recurrida.

Las razones esgrimidas por la parte recurrida no revisten entidad suficiente para acoger su pretensión de no-admisión y eludir el examen de fondo del recurso.

(i) De la propia literalidad del escrito de interposición resulta que el recurso fue formulado por el cauce oportuno, por tratarse de asunto seguido por razón de la cuantía. Y cuando esta es superior al límite legal, tiene dicho esta Sala con reiteración que es irrelevante que se invoque más de uno de los cauces de acceso previstos en el artículo 477.2 LEC, pues lo determinante para la preparación es que efectivamente la sentencia sea susceptible de recurso al amparo de uno de ellos, de tal manera que ningún obstáculo puede suponer que se invoque «interés casacional» en asuntos de cuantía superior.

(ii) El recurrente cumple el requisito (artículo 477.1 LEC) de indicar la infracción legal cometida -que ha de referirse a norma civil o mercantil sustantiva objeto de debate-. El artículo 1 LRCSCVM (aunque, como se verá, se menciona una redacción no vigente cuando se produjeron los hechos por los que reclama) tiene esa naturaleza, y la supuesta generalidad del precepto se contrarresta con la suficiente argumentación que se expone en desarrollo del motivo, la cual posibilita conocer con precisión el alcance de la vulneración denunciada.

(iii) Pese a las referencias al carácter artificial del recurso, por supuesta alteración de la base fáctica, la controversia suscitada gira en torno a una cuestión eminentemente jurídica, que no excede del ámbito material propio del recurso de casación.

TERCERO.- Enunciación del motivo único de casación.

El motivo se introduce con la fórmula:

«Motivo único. Infracción legal por aplicación indebida del art. 1902 del Código Civil y

del art. 1.1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (RDL 8/2004), respecto a la doctrina jurisprudencial sobre imputación de la responsabilidad civil en materia de daños corporales derivados de la circulación de vehículos a motor».

Sobre la base de la posible integración de los hechos por el tribunal de casación, cuando no se hayan definido en la instancia con suficiente claridad y extensión, la parte demandante-recurrente insiste en la responsabilidad del demandado con el argumento principal de que en supuestos de daños personales, el artículo 1.1 TRLRCSCVM 2004 establece como criterio de imputación el riesgo derivado de la conducción de un vehículo de motor, de tal manera que aquella existe a menos que el demandado pruebe -con inversión de la carga de la prueba- que los daños personales fueron consecuencia exclusiva de la propia negligencia de la víctima o de la incidencia de fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Este argumento lleva al recurrente a concluir que la falta de prueba del lugar del accidente y respecto de cuál fue el vehículo que invadió el carril contrario no puede comportar la desestimación de su demanda, pues ha de presumirse, por aplicación de la doctrina del riesgo, que el accidente fue ocasionado por la conducta del demandado, habida cuenta que este no probó que estuviera amparado por alguna de las causas de exoneración legalmente establecidas.

El motivo debe ser estimado con las consecuencias que se dirán.

CUARTO.- Recíproca colisión entre dos vehículos de motor sin prueba de la contribución causal de cada uno de ellos.

A) De acuerdo con la constante doctrina de esta Sala, que atribuye a la casación la exclusiva función de contrastar la correcta aplicación de la norma jurídica sustantiva, civil o mercantil, a la cuestión de hecho, tal y como fue definida por el tribunal de instancia (SSTS de 25 de marzo de 2011, RC n.º 754/2007; 19 de mayo de 2011, RC n.º 1783/2007 y 20 de julio de 2011, RC n.º 1496/2008, entre las más recientes), es preciso partir de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, en los que se destaca, en línea con lo afirmado por el Juzgado y antes, en sede penal, que, aunque el demandante sufrió lesiones a consecuencia de la colisión de su vehículo con el vehículo conducido por el demandado que circulaba en sentido contrario, del análisis de la prueba practicada en el proceso civil -donde se valoraron libremente los medios

de prueba aportados al pleito penal, como el atestado y las declaraciones de los agentes- no resulta posible conocer ni el punto de colisión entre ambos ni, por consiguiente, cual fue el vehículo que invadió el carril opuesto y provocó el accidente.

La responsabilidad que se atribuye al conductor demandado por los daños corporales sufridos por el demandante debe examinarse partiendo de esta base fáctica, que ha de permanecer inalterada en casación, lo que veda la aceptación de hechos distintos de los acreditados, como la supuesta velocidad excesiva del vehículo conducido por aquel.

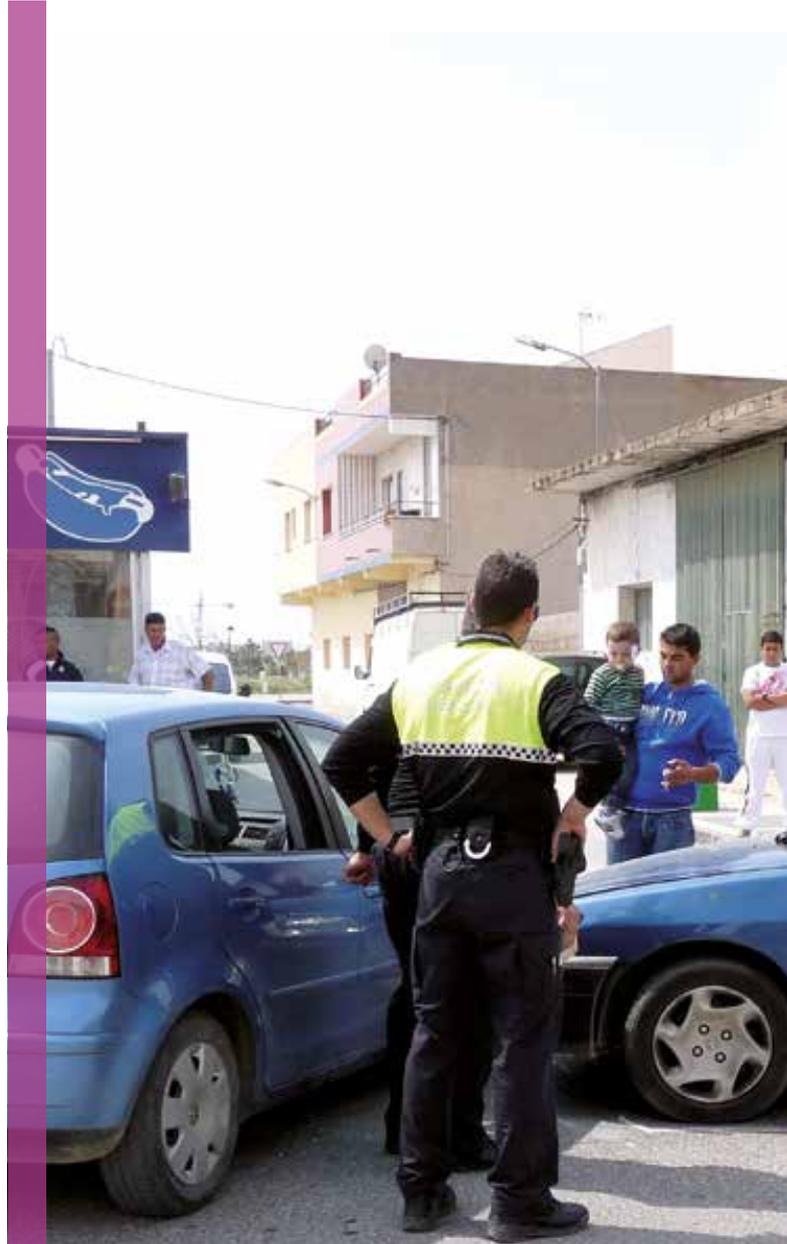
B) En supuestos de colisión recíproca de vehículos constituye jurisprudencia de esta Sala, a partir de la STS de 16 de diciembre de 2008, RC n.º 615/2002, que el artículo 1.1 I y II LRCSVM 1995 (norma aplicable al presente supuesto por razones temporales, dado que cuando se produjo el accidente no estaba en vigor el texto del 2004, citado por el recurrente) establece un criterio de imputación de la responsabilidad derivada de daños a las personas causados con motivo de la circulación fundado en el principio objetivo de la creación de riesgo por la conducción. Este principio solamente excluye la imputación (artículo 1.1 II) cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (si los daños se deben únicamente a ella) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (artículo 1.1 IV LRCSVM 1995). El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso. Esto es así tanto en el supuesto de daños personales como de daños materiales, pues en relación con ambos se construye expresamente el régimen de responsabilidad civil por riesgo derivada de la conducción de un vehículo de motor («daños causados a las personas o en los bienes»: artículo 1.1 I LRCSCVM). Respecto de los daños materiales, sin embargo, la exigencia, que también establece la LRCSCVM, de que se cumplan los requisitos del artículo 1902 CC (artículo 1.1 III LRCSCVM) comporta que la responsabilidad civil por riesgo queda sujeta al principio, clásico en la jurisprudencia anterior a la LRCSCVM sobre daños en accidentes de circulación, de in-

versión de la carga de la prueba, la cual recae sobre el conductor causante del daño y exige de ese, para ser exonerado, que demuestre que actuó con plena diligencia en la conducción.

De esta forma, como declara la citada sentencia, en el caso de que el accidente de circulación se produzca entre dos vehículos, como aquí sucede, debe interpretarse que el principio de responsabilidad objetiva por riesgo comporta el reconocimiento de la responsabilidad por el daño a cargo del conductor del vehículo que respectivamente lo ha causado y en la proporción en que lo ha hecho, pues resulta evidente que en este supuesto no puede hablarse con propiedad de compensación de culpas, sino que únicamente puede examinarse la concurrencia de causas en la producción del siniestro por parte de los conductores de los vehículos implicados. Esto es así porque cada conductor es artífice del riesgo creado por la conducción de su propio vehículo –título de atribución de su responsabilidad– y como tal, no pudiendo cada uno acreditar la existencia de causa de exoneración (esto es, que entre su conducta y el accidente se interfirió la culpa exclusiva del otro conductor o fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo o, en el caso de daños materiales, que se actuó con plena diligencia), ha de afirmarse la recíproca responsabilidad civil por el accidente en la proporción en que cada conductor haya contribuido a causarlo.

También, como se afirma en dicha sentencia, lo que se infiere de la doctrina fijada es que la particularidad de la recíproca colisión entre los vehículos de motor no reside en una supuesta alteración de las reglas sobre carga de la prueba (la inversión de la carga de la prueba es aplicable solo para probar la concurrencia de causas de exoneración y, en el caso de daños materiales, que el conductor ha actuado de manera plenamente diligente) o en la alteración de los criterios de imputación establecidos en la LRCSVM 1995, sino en la necesidad de determinar a cuál de los dos corresponde la eficiencia causal en la producción del daño, o si esta debe ser distribuida proporcionalmente entre ambos por haber actuado concurrentemente. En suma, una recíproca colisión de vehículos no supone excepción alguna a la aplicación del principio de responsabilidad objetiva por el riesgo de la circulación que establece la LRCSVM 1995 y la vigente en la actualidad.

Por tanto, en el régimen de responsabilidad civil fundado en el riesgo creado por la circulación (una vez constatado que el accidente tuvo



lugar en la circulación y, por consiguiente, es imputable al riesgo creado por uno y otro conductor que intervinieron en él), el mero hecho de que no haya podido constatarse en autos que solo una de las conductas generadoras del riesgo ha sido la única relevante, desde el punto de vista causal, para la producción del resultado –excluyendo así la del otro conductor– o que no haya sido posible probar la proporción en que cada una de ellas ha contribuido a causar el accidente –excluyendo así parcialmente la contribución causal del otro conductor– (cuando se discuta que solo una de las conductas ha sido causalmente relevante o que ambas lo han sido en distinta proporción) no es razón que permita soslayar la aplicación de los referidos criterios de imputación a ambos conductores ni constituye tampoco razón para no aplicar la regla



de inversión de la carga de la prueba en pro de las reglas tradicionales sobre el onus probandi [carga de la prueba], características de los regímenes de responsabilidad objetiva y especialmente aplicables, cuando se trata de daños materiales, al conductor que alega que actuó con plena diligencia. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la SAP Asturias, Sección 7.ª, de 20 de abril de 2010.

Esta interpretación no permite aceptar la solución que sigue la sentencia recurrida, que negó el derecho a la indemnización solicitada con fundamento en que en supuestos de colisión recíproca no rige la inversión de la carga de la prueba –cuyas consecuencias se anulan–, sino las tradicionales reglas que obligan a cada parte a demostrar los hechos constitutivos de

su pretensión. De esta forma se atribuirían al demandante todas las consecuencias negativas de la falta de prueba sobre la incidencia causal de la conducta del demandado en el accidente y en el resultado lesivo. Tal solución, obtenida mediante la aplicación estricta de los criterios clásicos de la responsabilidad subjetiva (independientemente de la opinión que merezca en relación con las soluciones que se ofrecen en Derecho comparado para garantizar la efectividad del sistema de responsabilidad civil subjetiva en situaciones de incertidumbre causal relativa), no es acorde con las exigencias del principio de responsabilidad objetiva proclamada en el artículo 1.1 LRCSCVM, la cual es aplicable a los daños personales dimanantes de la circulación (y, con la especialidad que se ha indicado, a los daños materiales), de forma que cada conductor responde del riesgo creado por la conducción de su vehículo, a menos que pueda acreditar la concurrencia de alguna de las causas legales de exoneración –caracterizadas en nuestra jurisprudencia como causas excluyentes de la imputación–. El principio de responsabilidad objetiva –en cuya legitimidad constitucional no es necesario entrar aquí–, en efecto, no solo supone el establecimiento de criterios de imputación ajenos a la concurrencia de culpa o negligencia, sino que comporta también establecer una presunción de causalidad entre las actividades de riesgo y la consecuencias dañosas que aparezcan como características de aquellas, como ocurre con los daños derivados de una colisión cuando se trata de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado por la conducción de un vehículo de motor. Esta presunción solo puede enervarse demostrando que concurren las causas de exoneración configuradas por la ley como excluyentes del nexo de causalidad entre la acción y el daño.

La aplicación de esta doctrina al caso de autos determina la declaración de responsabilidad del demandado. Puesto que es un hecho acreditado que en el siniestro se vieron implicados los dos vehículos, este dato es suficiente para presumir la vinculación causal de su actuación generadora del riesgo y el resultado característico. Como regla de principio, ambos conductores deben, en consecuencia, responder del daño corporal causado a los ocupantes del otro vehículo en atención al riesgo creado por su propio vehículo. En particular el demandado debe responder, por el riesgo por él generado mediante la conducción, de los daños personales causados al demandante. No puede exonerarse al demandado, pues no se ha probado que entre su actuación y el resultado se interfiriese causalmente un elemento extraño (como la cul-

pa exclusiva del demandante o la fuerza mayor ajena al funcionamiento del vehículo del demandado y a la conducción) apto para excluir su imputación.

C) La solución apuntada traslada la controversia al tema de si procede o no que cada conductor resarza por completo los daños corporales causados a los ocupantes del otro vehículo implicado en la colisión (lo que en caso afirmativo se traduciría en la obligación de resarcir todos los daños personales acreditados por el demandante, por los que reclama).

La tesis favorable al resarcimiento pleno de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas (aunque frecuentemente se ha fundado en el principio, un tanto artificioso, de la doble inversión de la carga de la prueba), ha sido acogida por varias audiencias provinciales (a modo de ejemplo, las SSAP de Badajoz, Sección 2.ª, de 10 de septiembre de 1998 y Baleares, Sección 3.ª, de 22 de junio de 2004, 4 de marzo de 1997, 13 de enero de 1998 y 18 de julio de 2006). Este criterio, también conocido por la doctrina científica como método de condenas cruzadas, acogido en el sistema francés como supuesto de doble responsabilidad, supone que cada parte responda íntegramente (al 100%) del daño ocasionado a la otra parte interviniente en el accidente, y, entre otros argumentos, se apoya en el régimen de responsabilidad objetiva del artículo 1 LRCSCVM, en la inexistencia de soporte legal para apreciar una especie de compensación de culpas en casos de colisiones recíprocas, y en que la solución de la distribución por mitad implica necesariamente que ninguno de los implicados obtenga la reparación íntegra de su perjuicio.

En sentido contrario, la doctrina de algunas audiencias provinciales ha acogido en varias ocasiones la tesis del resarcimiento proporcional y no íntegro de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, por el efecto compensatorio de la inversión de la carga de la prueba (entre otras, SSAP de Baleares, Sección 4.ª, de 6 de mayo de 2003 y Pontevedra, Sección 3.ª, de 15 de octubre de 1997 y 16 de enero de 1998). Entre las razones que llevan a esta solución se encuentra la de entender que en este tipo de supuestos procede apreciar una concurrencia de causas, de tal manera que su resolución ha de ser la prevista legalmente para los casos de concurrencia de culpas de igual grado (artículo 1.1 IV TRLRCSCVM) al no contarse con datos que permitan, desde un punto de vista causal, atribuir mayor participación a uno de los conductores en detrimento del otro. Esta

postura considera, en suma, que los dos conductores implicados en la colisión mutua han de ser considerados co-causantes del accidente, en cuanto que ambos contribuyen causalmente al resultado, entendido como la materialización del riesgo movilizado por cada uno de ellos. Y que, a falta de prueba sobre el concreto porcentaje de participación causal de cada uno, ha de entenderse que los dos contribuyeron en la misma proporción (al 50%).

D) Esta Sala -aunque, como se verá seguidamente, no la acepta- considera dignos de consideración los argumentos en que se funda la doctrina de la indemnización proporcional en caso de una recíproca colisión de vehículos sin causas probadas, pues no resultaría irrazonable entender que ambos conductores, en tal caso, puede presumirse que han contribuido a causar el accidente en un 50% cada uno de ellos, para evitar el paradójico efecto de las condenas cruzadas, que supone el teórico desdoblamiento de un único siniestro en dos accidentes separados. Esta doctrina tendría, además, la ventaja práctica de proporcionar una solución equilibrada para los supuestos de ausencia de prueba frente a aquellos supuestos en que se acredite la proporción en que ambos conductores han contribuido a causar el accidente.

Sin embargo, en trance de unificar la doctrina existente con efecto de fijación de jurisprudencia, dada la divergencia existente entre las distintas audiencias provinciales, nos inclinamos por entender que la solución del resarcimiento proporcional es procedente solo cuando pueda acreditarse el concreto porcentaje o grado de incidencia causal de cada uno de los vehículos implicados y que, en caso de no ser así, ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas. Las razones en que se funda esta conclusión son las siguientes:

(a) Esta es la doctrina seguida por un número considerable de audiencias provinciales.

(b) Constituye una solución aceptada expresamente por alguna de las legislaciones de Derecho comparado, como se ha expuesto.

(c) Es una doctrina próxima, aunque no coincida con ella, a la que inspira la jurisprudencia de esta Sala tendente a proclamar la solidaridad impropia entre los agentes que concurren a causar el daño cuando no puede establecerse la proporción en que cada uno de ellos ha contribuido a su producción.

(d) Es acorde con la tendencia que se registra en el Derecho comparado a atribuir responsabilidad plena a los causantes simultáneamente de un daño por una pluralidad de actividades (v. gr., PETL, artículo 3:102, según el cual: «En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima»).

(e) Es la doctrina más acorde con la presunción de causalidad, que rige en el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, en relación con el agente de la actividad peligrosa que interviene en la producción del daño característico de dicha actividad de riesgo. Estimamos que, cuando, por falta de datos, no resulta posible destruir la presunción fundada en el riesgo creado por cada conductor respecto de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo (supuesto a que se contrae el caso enjuiciado), el principio de responsabilidad objetiva puede resultar dañado si, sin otro fundamento que haber existido otra posible causa concurrente, presuntivamente se restringe la causalidad imputable a cada conductor en la producción de los daños al otro vehículo a una proporción del 50% (esta reducción sí sería procedente si se probase que ambos causaron el accidente en dicha proporción).

Entendemos, en suma, que el criterio más acorde con el principio de responsabilidad objetiva del agente por el riesgo creado y con la presunción de causalidad respecto de los daños característicos correspondientes a la actividad de riesgo (por falta de prueba al respecto de la concurrencia de una causa legal de exoneración o disminución), debe conducir a la conclusión de que cada conductor, y por tanto, cada vehículo, es responsable del 100% de los daños causados a los ocupantes del otro vehículo interviniente en la colisión.

En consecuencia, encontrándonos ahora en este último caso de incertidumbre causal, en que no se ha podido acreditar el concreto porcentaje en que ha contribuido el riesgo de cada vehículo al resultado producido, procede declarar a cada uno de sus conductores plenamente responsable de los daños sufridos por los ocupantes del otro vehículo implicado en la colisión, de tal manera que corresponde al demandado abonar el 100% de los daños personales reclamados por el recurrente que resulten acreditados.

E) Los anteriores razonamientos comportan que proceda estimar el recurso y revocar la

sentencia recurrida. No discutida la realidad del siniestro y del daño, y apreciada por las razones expuestas la responsabilidad del demandado, la controversia queda reducida a la determinación y valoración económica de los daños personales cuya indemnización se reclama.

Siguiendo el criterio establecido en STS de 29 de abril de 2009, RC n.º 325/2006, reafirmado por las SSTS de 25 de mayo de 2010, RC n.º 1020/2005; 3 de marzo de 2011, RC n.º 2180/2006 y 18 de julio de 2011, RC n.º 2103/2007, en la medida que estamos ante un recurso formulado por razón de la cuantía al amparo del ordinal 2.º del artículo 477.2 LEC, no procede asumir la instancia y sí devolver las actuaciones a la AP para que dicte nueva sentencia en relación con la citada pretensión, con plena jurisdicción a la hora de valorar la prueba, pues esta solución no está excluida del artículo 487.2 LEC para los recursos de casación fundados en el artículo 477.2.2.º LEC, y, se estima en este caso necesaria para evitar que la decisión del asunto se vea privada de una instancia.

QUINTO.- Estimación del recurso y costas.

La estimación del único motivo admitido conduce a la completa estimación del recurso de casación con el alcance antes indicado de reponer las actuaciones a la AP para que dicte sentencia en torno a la cuantía de la indemnización que corresponde al perjudicado.

En materia de costas, la completa estimación del recurso de casación determina que no proceda imponer al recurrente las costas del mismo, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.2 LEC. Tampoco procede hacer expresa condena en cuanto a las costas de la apelación, en la medida que ha sido estimado el recurso en su totalidad.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Anselmo Rementería Goiri, contra la sentencia de 11 de junio de 2009, dictada en grado de apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en el rollo n.º 149/09, dimanante del juicio ordinario n.º 168/2008, del Juzgado de Primera Instancia 1 de Guernica-Lumo, cuyo fallo dice:



«Que con estimación parcial del recurso de apelación planteado por la representación de D. Anselmo Rementería Goiri, contra la sentencia de fecha 12 de enero de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de los de Gernika, en procedimiento ordinario n.º 168/08, debemos revocar como revocamos dicha resolución, en el único extremo de la imposición de costas en ninguna de las dos instancias».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. Reponemos las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia con respecto a las pretensiones deducidas en la demanda siguiendo la doctrina sentada en esta sentencia. La apelación y el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial serán de tramitación preferente.

4. Declaramos no haber lugar a imponer las costas del recurso de casación ni las devengadas en apelación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Francisco Marín Castán. José Ramón Ferrándiz Gabriel. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Encarnación Roca Trías. Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Gimeno-Bayón Cobos. Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

Finalmente el Tribunal Supremo, Sala Primera, se ha pronunciado en Sentencia de fecha 10 de septiembre de 2012, Recurso Casación nº 1740/2009, en resolución dictada por el Pleno de la Sala con voluntad de crear Jurisprudencia con una única Sentencia sobre cómo y hasta dónde debe extenderse la responsabilidad en supuestos de colisión recíproca cuando existen daños personales, estableciendo una nueva doctrina en los supuestos de indeterminación de la causa del accidente, todo ello a la luz de la interpretación que debe realizarse del artículo 1 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos a Motor, Real Decreto Legislativo nº 8/2004, de 29 de octubre.

La Sentencia establece la respuesta que debe concederse a los supuestos de recíproca colisión cuando no hay prueba sobre la contribución causal de cada uno de ellos en la producción del resultado y para el supuesto de daños personales. Por eso mismo, cuando existiera prueba o atribución de diferentes porcentajes o cuotas de responsabilidad la presente doctrina no podría ser aplicable.

El supuesto analizado consiste en una colisión de dos vehículos de forma frontal con la peculiaridad que en el procedimiento no se ha podido conocer cuál de los dos (o los dos) ha invadido el carril contrario y por lo tanto ha producido el accidente. Con motivo de ese siniestro uno de los conductores resultó lesionado reclamando, desestimándose su reclamación en primera y segunda instancia al no haberse acreditado el lugar del impacto y por lo tanto la causa del accidente.

La Sala señala como vigente la jurisprudencia que emanó de la STS de 16 de diciembre de 2008 en la que recogiendo la regulación del artículo 1.1 de la LRCSVM se establecía que sólo se excluía la imputación cuando se interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (si los daños se deben únicamente a ella) o a una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra también negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (artículo 1.1 IV LRCSVM 1995).

El riesgo específico de la circulación aparece así contemplado expresamente en la ley como título de atribución de la responsabilidad, frente a la tradicional responsabilidad por culpa o subjetiva en que el título de imputación es la negligencia del agente causante del resultado dañoso.

Por lo tanto, esta consideración de la atribución de responsabilidades tiene una primera consecuencia evidente, ya conocida, que “cada conductor responde del riesgo creado por la conducción de su vehículo, a menos que pueda acreditar la concurrencia de alguna de las causas legales de exoneración -caracterizadas en nuestra jurisprudencia como causas excluyentes de la imputación.”.

Pero la presente Sentencia da un paso más adelante porque además de la atribución de responsabilidad que inequívocamente se desprende de la interpretación del artículo 1 LRCSVM, se ha producido un nuevo enfoque que altera las reglas actuales de la carga de la prueba cual es que se presume la vinculación causal de la actuación generadora de riesgo y el “resultado característico esperable cuando hay certeza que el daño se ha producido en un entorno causal bien definido, como es la intervención de dos vehículos.

Se establece por lo tanto la regla de que ambos conductores deben responder del daño corporal causado a los ocupantes del otro vehículo, precisamente por el riesgo causado y presumiéndose la vinculación causal, sin no se ha probado lo contrario. Lo que exige un esfuerzo probatorio a los intervinientes. O más bien, los intervinientes en el accidente se esforzarán en relajar la prueba para que nada se pruebe y todos cobren.

La cuestión es que a partir de ahora se genera una presunción nueva, no derivada directamente de la normativa estudiada, sino de creación jurisprudencial, que considera que se ha de dar por probada la relación de causalidad entre riesgo y “resultado característico”. No se explica que pueda ser la expresión “resultado característico” pero se entiende al resultado derivado de un riesgo de la conducción, es decir, los daños producidos en un entorno o esfera causal bien definida.

COMENTARIO

La cuestión genera dudas futuras de qué se puede considerar como resultado característico y hasta dónde se extiende la atribución causal.

Es importante señalar que la relación de causalidad que se presume es entre el riesgo y el daño, circunscrito al resultado característico, pero no se extiende a la relación de causalidad entre el daño y el evento. Por lo que habrá que demostrar que los daños son derivados del siniestro. Pero la cuestión no es tan simple como parece porque la expresión del TS implica que existe una presunción de causalidad en el citado "resultado característico", por lo que pudiera entenderse que si un daño es característico también pudiera presumirse que es derivado del siniestro.

Es importante destacar que el TS no rompe la primacía de la acreditación de contribuciones causales. Si se demuestran en un procedimiento se estará a lo probado. Pero en caso de no producirse prueba acreditativa de la diferente o de la contribución causal, se estará a la presente presunción.

Por lo tanto, de la doctrina indicada se deriva:

- 1.- Que se mantiene la atribución de causas que se pruebe en el procedimiento.
- 2.- Que en caso de ausencia de prueba al respecto se presume que existe relación de causalidad respecto del resultado característico del riesgo.

Aplicado ello al supuesto concreto en que el riesgo ha sido generado por dos conductores que chocan entre sí se genera la pregunta que el Tribunal Supremo resuelve a continuación, ¿cuánto debe resarcirse? ¿Se atribuye parte de la responsabilidad al propio perjudicado?

El propio Tribunal Supremo apunta que había dos doctrinas a este respecto y finaliza acogiendo la tesis favorable al resarcimiento pleno de los daños corporales recíprocos sin culpas probadas, que la doctrina científica denominaba el método de condenas cruzadas acogido en el sistema francés como supuesto de doble responsabilidad. "Supone que cada parte responda íntegramente (al 100%) del daño ocasionado a la otra parte interviniente en el accidente, y, entre otros argumentos, se apoya en el régimen de responsabilidad objetiva del artículo 1 LRCSCVM, en la inexistencia de soporte legal para apreciar una especie de compensación de culpas en casos de colisiones recíprocas, y en que la solución de la distribución por mitad implica necesariamente que ninguno de los implicados obtenga la reparación íntegra de su perjuicio."

Apunta cinco argumentos para acoger tal tesis:

- (a) Esta es la doctrina seguida por un número considerable de audiencias provinciales.
- (b) Constituye una solución aceptada expresamente por alguna de las legislaciones de Derecho comparado.
- (c) Es una doctrina próxima, aunque no coincida con ella, a la que inspira la jurisprudencia de esta Sala tendente a proclamar la solidaridad impropia entre los agentes que concurren a causar el daño cuando no puede establecerse la proporción en que cada uno de ellos ha contribuido a su producción.
- (d) Es acorde con la tendencia que se registra en el Derecho comparado a atribuir responsabilidad plena a los causantes simultáneamente de un daño por una pluralidad de actividades (v. gr., PETL, artículo 3:102, según el cual: «En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima»).
- (e) Es la doctrina más acorde con la presunción de causalidad, que rige en el sistema de responsabilidad objetiva por riesgo, en relación con el agente de la actividad peligrosa que interviene en la producción del daño característico de dicha actividad de riesgo.

Por lo tanto, si se puede acreditar qué grado de incidencia causal ha existido en cada uno de los conductores, se atribuirá una disminución coincidente con la proporcionalidad causal atribuida

a cada uno de ellos. En caso de que NO se pueda demostrar o acreditar ambos conductores responden del total de los daños personales causados a los ocupantes del otro vehículo con arreglo a la doctrina llamada de las condenas cruzadas.

A nuestro juicio no se hallan suficientemente determinados ni delimitados los contornos de las consecuencias de la nueva doctrina como para dar un salto tan relevante que contraría toda la doctrina previa sobre la causalidad y su relevancia en la estimación de la responsabilidad.

La Sentencia viene a afirmar que un vehículo es responsable simplemente por estar ahí, obviando la doctrina de la causa eficiente, causalidad adecuada y sus criterios de imputación y carga de la prueba.

De hecho el propio artículo 1 LRCSMV establece que “El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.” Por lo que el concepto de causa es un elemento relevante en la atribución de responsabilidad. Y no podemos olvidar que ni la culpa exclusiva del perjudicado ni la fuerza mayor, tal y como vienen reguladas en el artículo 1.1, párrafo 2º excluyen la causa, sino la atribución de responsabilidad. Porque en principio la causa es ajena al análisis de atribución de responsabilidad. Es un elemento ajeno al mismo que debe probarse independientemente.

El Legislador podría (como ha hecho en Francia) haber prescindido de exigir la causalidad, pero no lo ha hecho y debía haberlo dispuesto así expresamente, siendo que la exigencia legal de causalidad está positivizada claramente en el artículo 1.1 ya transcrito.

Con ser esta solución irrazonable la objetivación del riesgo el conflicto de incertidumbre causal se resuelve sin el suficiente apoyo argumentativo, lo que hace que la resolución no sea razonable y quizá pueda entrar en la arbitrariedad:

La remisión al Derecho comparado como argumento, no es más que un reconocimiento explícito de que la normativa nacional no permite una solución como la expresamente regulada en Francia. Ya que de haber sido querido se habría expresado en similares términos. En Francia basta que un vehículo se vea envuelto en un accidente para que responda aunque causalmente no lo haya provocado, pero está regulado específicamente. Pero esta regulación es excepcional en el Derecho Comparado.

De hecho si se hubiera remitido al Derecho comparado tanto Italia como Portugal nos ofrecen ejemplos más acordes con la posible solución que podría haberse adoptado en el Derecho español (En caso de duda se considerará de igual medida la contribución al daño de cada uno de los vehículos y la contribución de la culpa de cada uno de los conductores).

El TJUE tuvo ocasión de analizar el sistema portugués y confirmó que se ajustaba al sistema de responsabilidad por riesgo establecido en las Directivas Comunitarias indicando lo siguiente: “... la situación no puede ser otra para el conductor de un vehículo automóvil que es, a un tiempo, víctima y corresponsable de los daños corporales que ha sufrido como consecuencia de un accidente en el que ha intervenido otro vehículo.”

Para mostrar la irrazonabilidad de la Sentencia es que otro argumento que se utiliza es que la remisión a la doctrina de la solidaridad impropia cuando existe una pluralidad de agentes causantes y no se puede determinar el grado de responsabilidad de ninguno de ellos. La invocación de esta cuestión confiere un salto cualitativo porque en el supuesto estudiado, y de ahí su complejidad, el perjudicado es posible o probablemente uno de los agentes causantes, siendo beneficiario de una solidaridad en la que interviene causalmente. El Tribunal Supremo podría haber ido más allá y analizar la atribución de responsabilidad que se produce en un entorno bien definido, generándose una especie de comunidad

COMENTARIO

de responsables atribuyéndose la responsabilidad al entorno o esfera de personas intervinientes, pero no lo ha hecho.

Que una objetividad por riesgo cause un daño y se le atribuya una relación de causalidad específica quiebra en un supuesto como el presente cuando los agentes son a su vez generadores del mismo riesgo. Hacerlo como hace el TS es anular las derivadas de su propia doctrina frente al perjudicado, en aras a un íntegro resarcimiento. Porque también a él se le aplicaría la presunción de causalidad y sería corresponsable del resultado característico de tal daño, como puede ser la generación de sus propios daños.

El TS dice que es una teoría próxima, pero no lo es, es diametralmente opuesta, porque no se prescinde de la causalidad, sino que se apoya en ella generando una concurrencia causal única (como se defiende en la TS 18 abril 2006 RJ 2006/2200), porque causalmente el entorno ha producido un daño a una víctima. No cuando la víctima es parte de la causa.

Pero quizás la mayor irrazonabilidad se desprende la remisión al Derecho comparado al citar el PETL (Principles of European Tort Law) artículo 3:102, que indica que “En caso de pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado el daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa del daño de la víctima”.

Como es sabido, esta disposición no es Derecho positivo sino reglas razonables que debieran regir en materia de responsabilidad extracontractual. Pero lo relevante es que la cita de esa disposición sin tomar en consideración el resto de normas hace irrazonable la remisión:

De hecho el precepto anterior, artículo 3:101 PETL establece: “Condictio sine qua non. Una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido.” Por lo tanto, sin causa no ha responsabilidad.

Y el precepto siguiente, artículo 3:103 PETL señala: “Causas alternativas: En caso de pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima.”

Quizás la cita de este precepto hubiera de haber sido la citada por la Sentencia para apoyar una solución diferente a la dada. Lo que da la impresión de que primero se ha adoptado la decisión y luego se ha vestido.

Quizás la posible solución correcta al supuesto que nos ocupa a nuestro juicio pudiera ser que todos los agentes concurrentes dentro de un entorno dañoso bien definido y delimitado en el que no pueden determinarse cuotas de responsabilidad internas son responsables de lo allí ocurrido y contribuyen causalmente a la producción del daño.

La argumentación vertida en la Sentencia tiene tintes de irrazonabilidad y de falta de suficiente peso argumentativo como para someter a nuestra legislación y Tribunales a un esfuerzo interpretativo y de aplicación del Derecho con resultados no esperables o no imaginados. Es plausible que esta doctrina se extienda mucho más allá del supuesto planteado con apoyo en la autoridad de nuestro TS. Por ello la solución planteada debiera haber sido más sólida y acorde con la normativa estudiada. Porque si la norma lo dijera explícitamente quedaría claro que es una excepción a un régimen general, pero es que ahora el régimen general de las responsabilidades por riesgo se pueden interpretar que no es precisa la relación de causalidad para atribuir responsabilidades. Ello someterá a una presión incierta a nuestro sistema de responsabilidad civil que puede perder el equilibrio que tanto ha costado conseguir.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Accidente de tráfico. Acción ejercitada por los padres de la víctima vía hereditaria y no en su condición de perjudicados. Indemnización procedente por las lesiones y secuelas de una persona que al tiempo de solicitarse ya había fallecido como consecuencia de un accidente de tráfico. Legitimación de los demandantes

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 13 de septiembre de 2012*.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Sobre las 6,30 horas del día 8 de octubre de 2006, Pedro Enrique, de 15 años de edad, viajaba como ocupante de un ciclomotor, modelo YQ50, matrícula Y-...-YZD, conducido por Emiliano y asegurado en Mapfre. Circulaban por la carretera BAV-6451, sentido Villanueva de la Serena, cuando al llegar a la altura del Km. 1.500 el ciclomotor se salió de la calzada por el margen izquierdo, chocando contra la acera y deslizándose sobre la misma hasta colisionar con un árbol y banco metálico, saliendo desplazado nuevamente hacia la calzada donde volvió a chocar con un pivote de balizamiento. Como consecuencia del accidente sufrió lesio-

* Nota de la redacción: El interés de esta sentencia hace que se incluya en este número, a pesar de corresponder al tercer trimestre de 2012, pero dado a que no se comunicó a las partes hasta noviembre de 2012 no fué posible incluirla en el pasado número de esta revista

nes de las que fue dado de alta hospitalaria el 30 de octubre de 2006, y el 9 de febrero de 2007 recibió el alta definitiva. En las diligencias penales seguidas por estos hechos contra el conductor del ciclomotor (Diligencias previas n.º 1516/2006 del Juzgado de instrucción n.º 2 de Villanueva de la Serena, y Diligencias preliminares n.º 232/2007, de la Fiscalía de Menores de Badajoz), en las que se personó como perjudicado la propia víctima a fin de reclamar las indemnizaciones que pudieran corresponderle, se emitió informe médico forense el 12 de abril de 2007, en el que se reconoció a Pedro Enrique un periodo de baja -incapacidad transitoria- de 166 días, todos ellos hospitalarios, y las siguientes secuelas: "estado vegetativo persistente" y "material de osteosíntesis en el muslo".

Asimismo, en el apartado de observaciones, se reconoció que las secuelas incapacitaban a la víctima de manera absoluta para la realización de cualquier actividad, y por ende, que merecía el reconocimiento de una situación de gran invalidez con necesaria ayuda de tercera persona y adecuación de vivienda. El 14 de julio de 2007 se produjo su fallecimiento, a causa, según informe clínico del hospital, de una "infección respiratoria. Probable infiltrado basal izquierdo". En el momento de fallecer los únicos herederos de la víctima eran sus padres, y así se declaró en acta notarial de notoriedad de declaración de herederos ab intestato de 30 de octubre de 2007.

Mapfre, aseguradora del ciclomotor implicado, consignó en sede penal a favor de Pedro Enrique y en concepto de pago la cantidad de 312 527,75 euros, que le fue entregada a cuenta de la definitiva indemnización e intereses que pudieran corresponderle por las lesiones y secuelas sufridas.

SEGUNDO.- La controversia jurídica que suscitan los recursos de casación formulados, tanto por el padre como por la madre de Pedro Enrique, se concreta en determinar si resulta legal y jurisprudencialmente admisible que los herederos de una víctima de accidente de tráfico, que falleció por causa del mismo a los cinco meses de recibir el alta definitiva, reclamen en dicho concepto la indemnización correspondiente a la incapacidad transitoria (Tabla V) y permanente (Tablas III -básica- y IV -factores correctores-), y no en su condición de perjudicados por su fallecimiento (Tabla I del sistema legal de valoración- actualmente incorporado como anexo en el TRLRCSCVM aprobado por RDL 8/2004, de 29 de octubre, vigente a fecha del siniestro), teniendo en cuenta que la sentencia de la Audien-



cia Provincial, que ahora se recurre, negó legitimación a los demandantes para reclamar en dicho concepto de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala (se cita la sentencia de 20 de octubre de 2006 entre otras), según la cual "el fallecimiento, por sí mismo, no genera una integración patrimonial a favor del fallecido susceptible de transmisión mortis causa, de tal forma que a las personas a quienes pueda corresponder, en su caso, una indemnización lo será por muerte ocurrida por accidente de circulación como perjudicados y no como herederos, como se plantea en este caso, de una posible indemnización por lesiones y secuelas de una persona que al tiempo de solicitarse ya había fallecido, ya que sólo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente puede ser transmitido por vía hereditaria, como se demanda en este procedimiento, aquello que al tiempo del fallecimiento del causantese hallase integrando en su patrimonio, no las meras expectativas, al no poderse suceder algo que no había ingresado en el patrimonio del "de cuius", distinto del hipotético derecho a la indemnización por muerte, que si adquirirían, los perjudicados por vía originaria



y no derivativa". Se trata, en definitiva, de determinar si el derecho a la indemnización fijada con carácter vinculante en el SLV, se extingue o no, en todo o en parte, por el fallecimiento de la víctima de un accidente de tráfico, que sufrió a resultas de este una incapacidad temporal seguida de lesiones permanentes, y, consecuentemente, si sus herederos tienen algún derecho a la indemnización por la incapacidad temporal del perjudicado y/o por la indemnización básica y los factores de corrección de unas secuelas que ya estaban concretadas a través de un informe del médico forense.

TERCERO.- No se discute que la víctima falleció antes de que sus padres formularan reclamación judicial en sede civil, y por tanto, antes del juicio y de que recayera sentencia, como tampoco se discute que el fallecimiento trae causa del propio accidente de tráfico y que los padres del fallecido, independientemente de su legitimación para reclamar la indemnización que con arreglo a la Tabla I les correspondía como perjudicados por el fallecimiento de su hijo, optaron por reclamar como herederos la mayor indem-

nización que le habría correspondido a este por los daños personales sufridos (lesiones y secuelas), en el entendimiento de que se trataba de un derecho incorporado al patrimonio de la víctima desde el momento en que fue concretado con el alta definitiva, y que, por ende, estaban en disposición de adquirir mortis causa, pues el daño se ha producido y se ha generado el derecho a la indemnización y como tal entra dentro de la herencia transmisible, conforme a lo establecido en el artículo 659 CC, que se cita en el recurso. La respuesta debe ser contraria a la expresada en la sentencia recurrida. El derecho de la víctima a ser resarcido por las lesiones y daños nace como consecuencia del accidente que causa este menoscabo físico y la determinación de su alcance está función de la entidad e individualización del daño, según el resultado de la prueba que se practique, que no tiene que ser coincidente con la del informe médico-forense.

La consolidación posterior de las lesiones supone lo siguiente: por un lado, que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y que se valoren, a efectos de determinar el importe de la indemnización, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. Por otro, que la acción puede ejercitarse puesto que la víctima tiene pleno conocimiento del mismo, por lo que es a partir de entonces cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (sentencias de Pleno de esta Sala, de 17 de abril de 2007, RC nº 2908/2001 y 2598/2002). En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la sentencia de 10 de diciembre de 2009, a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho -iure hereditatis-, y por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, a cuenta de la cual, y de los intereses que pudieran corresponderle, entregó la aseguradora la

cantidad de 312.527,75 euros, como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente –iure proprio– puesto que se trata de daños distintos y compatibles.

CUARTO.- Asumir la instancia supone resolver sobre la indemnización que correspondía a la víctima susceptible de transmitir a sus herederos en un supuesto que es sustancialmente distinto del que resuelve la sentencia de esta sala de 10 de diciembre de 2009, RC n.º 1090/2005, puesto que tiene como referencia el hecho de que el fallecimiento posterior no fue debido al propio accidente de tráfico que causó las lesiones y secuelas reclamadas.

Esta sentencia fija como principio o regla que todas las indemnizaciones, tanto por daños fisiológicos en sentido estricto como por daños patrimoniales vinculados a estos (secuelas, daños morales complementarios y factor de corrección por perjuicios económicos), como por daños no patrimoniales (factor de corrección por incapacidad permanente) y finalistas (en caso de gran invalidez, adaptación de vehículo y vivienda, necesidad de ayuda de otra persona, daños morales a familiares) deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado desde el momento del alta médica, lo que se traduce en que el fallecimiento posterior de la víctima no elimina dicho derecho ni justifica la reclamación de la indemnización ya percibida con fundamento en el enriquecimiento injusto (al existir causa legal para el desplazamiento patrimonial). En el resto de las mencionadas el fallecimiento prematuro de la víctima sí ha de ser valorado como una de las circunstancias a tomar en consideración por el órgano judicial, y ello, por estar expresamente previsto en el punto 9 del Anexo Primero del Baremo, según la cual, las «alteraciones sustanciales» de las circunstancias iniciales pueden dar lugar a una modificación de la indemnización reconocida.

Esta conclusión se funda en que el fallecimiento en buena lógica supone que los daños morales derivados para los familiares del cuidado y atención continuada de la víctima solo se prolonguen hasta el momento del óbito, pues una vez producido este los únicos daños morales apreciables son los ligados al dolor de la muerte o pérdida del ser querido, que son los que se integran en la indemnización por fallecimiento. De parecida forma, el fallecimiento acorta el menoscabo económico que supone la necesidad de recabar la ayuda de tercera per-

sona en supuestos de gran invalidez, y también disminuye la intensidad del perjuicio ligado a la incapacidad permanente, que solo habrá de considerarse subsistente mientras la víctima permanece viva al ser su finalidad compensar la pérdida económica y moral que implica su invalidez. En consecuencia, la expresada doctrina conlleva que el fallecimiento posterior sea intrascendente en orden a la procedencia de indemnizar con arreglo al SLV todo lo que corresponda como indemnización básica por secuelas (tanto fisiológicas como estéticas), y por los factores correctores de las lesiones permanentes de perjuicios económicos y de daños morales complementarios. La indemnización está sujeta al principio de legalidad que resulta de la norma y es independiente de que la víctima viva más o menos de lo que previene este sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación. La reclamación no es objetivamente imputable al accidente ocurrido unos años antes, por lo que está claro que la víctima, que vivió dos años desde la fecha del siniestro, tenía derecho a una indemnización por daño que se le causó y hubiera ingresado en su patrimonio, cuyo derecho a reclamarlo ha transmitido a sus herederos.

“La regla de Derecho que justifica el desplazamiento patrimonial de la indemnización en su totalidad, dice la sentencia, radica en que la determinación de los daños por estos conceptos se hace en la LRCSCVM sobre un sistema de presunciones establecido en función de unos parámetros temporales y personales considerados en abstracto, los cuales, salvo circunstancias excepcionales, no pueden ser alterados por circunstancias no previstas sin desvirtuar la técnica de presunciones a que se atiene en estos conceptos el Sistema de valoración [...]”. No es este el caso. La sentencia citada contempla un supuesto en el que el derecho incorporado al patrimonio del perjudicado por una lesión permanente es una indemnización fijada a priori con sujeción a parámetros determinados (gravedad fisiológica de la lesión, edad y progresión por gravedad y acumulación de lesiones). La fijación expresa y concreta de estos parámetros comporta la exclusión de cualquier otro, como la esperanza de vida, excepto, de manera indirecta, en el caso, facultativo para el juez, en que se acuerde una pensión temporal. El fallecimiento prematuro ajeno al accidente se refiere a la esperanza de vida. Luego no puede ser considerado, salvo si se fija una pensión temporal, con lo que su determinación puede beneficiar o perjudicar a la víctima si fallece prematuramente o si alcanza una edad superior a la esperada. Lo que

aquí sucede es que también el derecho incorporado al patrimonio del perjudicado por una lesión permanente es una indemnización fijada a priori con sujeción a parámetros determinados (gravedad fisiológica de la lesión, edad y progresión por gravedad y acumulación de lesiones), cuya consideración excluye la de cualquier otro, como la esperanza de vida. Ocurre, sin embargo, que en este supuesto el fallecimiento no se refiere a la esperanza de vida. Se trata de un fallecimiento que trae causa del propio accidente y es un efecto más del mismo, contemplado como tal en la ley. Por tanto debe ser considerado a todos los efectos relacionados con la fijación de la indemnización, tanto en sí mismo (daños a familiares) como en relación con el alcance de la lesión permanente sufrida. Ahora bien, como la ley solo regula el fallecimiento, pero no su incidencia sobre el resto del daño, aunque no la excluye, como en el caso anterior, debe resolverse la laguna legal aplicando los principios de compatibilidad de indemnizaciones por distintos conceptos (incapacidad temporal, lesión permanente y daño a los familiares por fallecimiento) y proporcionalidad de la indemnización por lesión permanente con respecto al tiempo que medió desde el accidente hasta la muerte, durante la cual esta se ha sufrido.

Las consecuencias lesivas ya no atienden al futuro, porque desaparecieron con el fallecimiento, por lo que aquellos parámetros temporales y personales considerados en abstracto dejan de serlo porque se conocen los perjuicios, reales y ciertos, que ha sufrido desde la fecha del siniestro y que no quedan absorbidos por la muerte posterior por cuanto tienen entidad propia e independiente y han generado hasta ese momento unos perjuicios evidentes a la víctima susceptibles de reparación en un sistema que indemniza el daño corporal en razón de la edad y a las expectativas de vida del lesionado, y estas expectativas no se han cumplido por el fallecimiento anticipado de la víctima debido al accidente de tráfico. Salvo el daño que resulta del fallecimiento, compatible con los anteriores, pero que no se reclama, ya no hay incertidumbre alguna sobre la duración de las lesiones y secuelas, por lo que el crédito resarcitorio que se transmite por herencia deberá hacerse en razón del tiempo transcurrido desde el accidente hasta su fallecimiento, y no por lo que le hubiera correspondido de haber vivido conforme a las expectativas normales de un joven de quince años, puesto que aquello que se presumía como incierto dejó de serlo a partir de ese trágico momento.

QUINTO.- Constituye un principio básico del SLV que, a efectos de aplicar las tablas, la edad

de la víctima sea la del siniestro (Artículo Primero, 3, del Anexo) con independencia del tiempo de vida que le quede, de manera que, por lo que respecta a la indemnización básica por las lesiones permanentes o secuelas, para las de una misma entidad o puntuación, la indemnización de la víctima varía en relación inversamente proporcional a su edad al momento del accidente (a más edad, la cuantía correspondiente a secuelas de la misma entidad o puntuación, disminuye). En esta tesitura, parece lógico ajustar la cantidad que el SLV reconoce, en cuanto lo hace en contemplación a los años que tenía cuando se produjo el siniestro respecto de los que le quedarían por vivir, y fijar la indemnización atendiendo al tiempo efectivo que transcurrió hasta su fallecimiento, pues fue este espacio temporal durante el cual la víctima sufrió la secuela. En el caso examinado la aplicación de esta doctrina conduciría a las siguientes consecuencias:

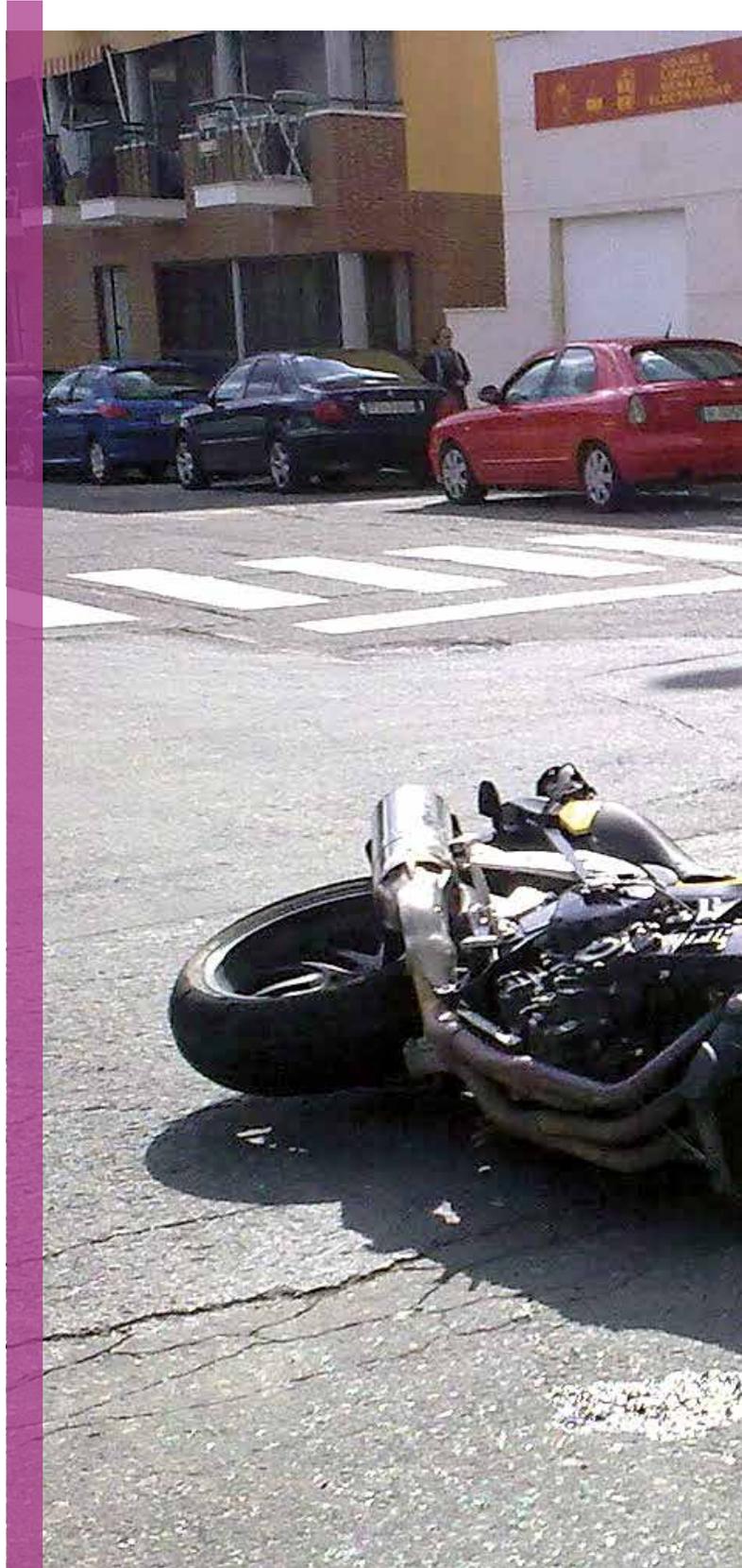
a) Con base en la pericial de parte (que solo añade a las conclusiones del informe forense de sanidad los puntos por secuelas estéticas) la parte recurrente solicitó en su demanda una indemnización por los conceptos de incapacidad temporal (10.287,02 euros por 166 días todos ellos de hospitalización), secuelas (300.496 euros, por 100 puntos de secuelas fisiológicas y 33.157 euros por 25 puntos de secuelas estéticas, para víctima que contaba con 15 años en el momento del accidente), y factores correctores de la Tabla V de perjuicios económicos (34.394 euros, para un porcentaje del 10% al tratarse de víctima en edad laboral sin justificar ingresos), daños morales complementarios (82.685,58 euros), incapacidad permanente absoluta (165.371,17 euros), gran invalidez (330.742,34 euros) y daños morales a familiares (124.028,38 euros). En total reclamó una indemnización por importe de 1.081.161,49 euros de principal, más intereses del artículo 20 LCS según criterio de los dos tramos.

b) De conformidad con la consolidada jurisprudencia de esta Sala (SSTS de Pleno de 17 de abril de 2007, [RC n.º 2908/2001 y 2598/2002], seguidas por las más recientes de 20 de julio de 2011, [RC n.º 820/2008], 19 de septiembre de 2011, [RC n.º 1232/2008], 27 de septiembre de 2011, [RC n.º 562/2008], 26 de octubre de 2011, [RCIP n.º 1345/2008], entre las más recientes) que impone aplicar el baremo vigente en el momento de producirse el siniestro del que deriva causalmente el daño (el cual tuvo lugar el 8 de octubre de 2006), acierta la parte demandante al aplicar el baremo incorporado a la LRCSCVM 1995, en redacción dada por la refor-

ma de 2003 (Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de Modificación y Adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados) que obliga a puntuar y valorar separadamente las secuelas estéticas y fisiológicas, aun cuando luego se sumen las cantidades (SSTS de 20 de julio de 2011, [RC n.º 818/2008], 10 de octubre de 2011, RCIP n.º 1331/2008 y 23 de noviembre de 2011, [RC n.º 1631/2008], entre las más recientes), sin que el límite de 100 puntos que rige para las fisiológicas según la regla general del apartado Segundo, b) sobre la explicación del sistema, resulte de aplicación a las estéticas (STS de 23 de abril de 2009, [RC n.º 2031/2006]). En aplicación de la doctrina citada también se ajusta a Derecho la pretensión de que la cuantificación del daño que resulte probado se realice con arreglo a las cuantías vigentes para el año 2007 en que consta acreditado (informe médico forense de sanidad) que tuvo lugar el alta definitiva. Sin embargo, en la medida que el Juzgado al estimar parcialmente la demanda no distinguió entre determinación del daño y su cuantificación, y aplicó para ambas cosas el SLV vigente en el momento del siniestro (2006), el principio de congruencia obliga a no superar estas cantidades, contenidas en un pronunciamiento firme, que no fue debidamente combatido por la parte demandante recurrente en apelación.

c) El fallecimiento posterior de la víctima no debe afectar a la indemnización que corresponda por días de baja (incapacidad temporal), la cual se fija en 10.016,44 euros, suma concedida por el Juzgado según baremo de 2006 (60,34 euros/día), habida cuenta que todo el periodo (166 días) fue de hospitalización. d) Por el contrario, el fallecimiento prematuro sí que obliga a ponderar la indemnización básica por secuelas (tanto fisiológicas como estéticas), y la correspondiente por los factores correctores de dichas lesiones permanentes de perjuicios económicos y de daños morales complementarios, incapacidad permanente absoluta, gran invalidez y perjuicios morales a familiares, adecuándolas al tiempo en que se sufrió verdaderamente por la víctima el perjuicio que se reclama *ius hereditatis*.

(i) La indemnización básica por lesiones permanentes se fija en 2.765 euros, a razón de 2.705 euros por las secuelas fisiológicas y 60 por las estéticas. Este resultado se obtiene tras ponderar respectivamente las sumas que la ley (Tabla III) reconoce a una víctima de menos de 20 años, con arreglo a lo que debería ser su expectativa normal de vida, correspondientes a 100 puntos de secuelas fisiológicas (teniendo



en cuenta la coincidencia de la pericial de parte y del informe de sanidad respecto de la existencia de una secuela fisiológica de estado vegetativo persistente que procede valorar en la suma máxima) y a 25 puntos de perjuicios estéticos



(según la pericial del Dr. Aurelio, la incidencia de aquellas en la alteración de la morfología corporal resulta apreciable a simple vista) en relación con el tiempo concreto (aproximadamente 5 meses) que la víctima debió de convivir con ese

daño (las lesiones permanentes le fueron concretadas en febrero y murió en julio de 2007).

(ii) De igual forma, debe ponderarse también en atención al tiempo transcurrido desde el alta definitiva al fallecimiento la indemnización correspondiente a los diferentes factores correctores de la Tabla IV por los que se reclama, valorando las consecuencias de la no-prolongación en el tiempo de la situación de minusvalía para la víctima y sus familiares (en el caso de los perjuicios morales sufridos por estos, al no haberse prolongado mucho tiempo la situación especialmente gravosa que para los familiares derivaba de la prestación de los cuidados especialmente intensos), porque se ha de suponer que a partir del fallecimiento cesan para la víctima los sufrimientos y perjuicios de todo tipo ligados a su minusvalía, y porque los únicos daños morales para sus familiares van a ser los que les produjo su muerte, que ya encuentran adecuado resarcimiento en la indemnización correspondiente a este concepto que no es objeto de este pleito. En su virtud, la correspondiente a daños morales complementarios, cuyo máximo previsto fue rebajado a 80.511,76 por el Juzgado, se concede proporcionalmente al tiempo del padecimiento de las graves secuelas en la suma de 150 euros. Las indemnizaciones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez se reducen desde el máximo reconocido en primera instancia hasta la cantidad de 1.000 euros, sin que haya lugar a conceder indemnización en concepto de daños morales a familiares al haber sido rechazada dicha pretensión por el Juzgado y no haberse combatido este pronunciamiento en apelación. Finalmente, se reconoce sobre la indemnización básica por secuelas una indemnización correctora de los perjuicios económicos del 10%, por tratarse de víctima en edad laboral que no justifica ingresos, es decir, 276,5 euros. Sumados todos los conceptos, la indemnización asciende a la cantidad total de 14.207,94 euros (10.016,44+2.765+276,5+1.000+150). Sin duda esta indemnización no puede quedar reducida a la proporción que impone una simple regla aritmética. El impacto que unas lesiones de esta naturaleza han producido en un corto espacio de tiempo a los bienes básicos de un joven de 15 años de edad, no puede indemnizarse únicamente en función de unas expectativas de vida truncadas prematuramente con motivo del accidente. Es cierto que la remuneración del daño moral ya viene incluida en la determinación de los días de baja y las secuelas y la edad de la víctima se tiene en cuenta a la hora de otorgar el valor del punto. Lo que no se tiene en cuenta es esa mayor concentración

de dolor, sufrimiento y afectación, inmediato e imprevisible, causado a quien, a raíz del accidente, ha estado obligado a convivir durante un corto espacio de tiempo con unas gravísimas lesiones, razones todas ellas que permiten incrementar en un 10% la indemnización que proporcionalmente le corresponde conforme a las reglas propias del sistema de valoración.

SEXTO.- Por lo que se refiere a los intereses legales del artículo 20 LCS , alcance del pago hecho por la aseguradora y existencia de causa justificada, la aseguradora demandada realizó una consignación por importe de 312.527,75 euros, que se tuvo efectuada a efectos de pago una vez transcurrido el plazo de tres meses legalmente previsto en el artículo 20, y solicitó del juzgado de instrucción, donde se instruían diligencias penales con motivo del accidente, que decretase la suficiencia de dicha consignación, lo que no se acordó porque resultaba imposible en tanto no mediara el informe de sanidad del lesionado. En fecha posterior, el mismo juzgado se inhibió del conocimiento de la cusa y las remitió a la Fiscalía de Menores, que acordó finalmente el archivo por considerar que, del contenido de las actuaciones, no se desprendería la existencia de hechos que pudieran ser calificados como delito o falta.

Se cuestiona, en suma, la forma de producirse el accidente y la condición de conductor o de pasajero de Pedro Enrique . La jurisprudencia reiterada de esta Sala permite solo a la aseguradora retrasarse fundadamente en el pago si desconoce su obligación por no estar fijada la causa de la misma -esto es, únicamente cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro (entre otras, SSTs de 12 de marzo de 2001, 9 de marzo de 2006, 11 de diciembre de 2006, 7 de febrero de 2007, 11 de junio de 2007 y 13 de junio de 2007)-, lo que explica que, en determinadas ocasiones, especialmente en supuestos de incendio, de las que se pueda derivar la exoneración de la aseguradora, ha declarado que la existencia de una causa penal puede constituir causa justificada para que el asegurador no indemnice el importe del daño, si bien tal justificación desaparece en cuanto el proceso penal termina por sentencia absolutoria firme o auto de sobreseimiento, e incluso cuando contra este último se interpongan recursos infundados con el exclusivo propósito de prolongar artificialmente la pendencia del proceso penal (STS de 18 de octubre de 2007, RC 3855/2000, con cita de las SSTs de 28 de noviembre de 2003, RC 215/98, 20 de mayo de 2004, RC 1479/98, 9 de mar-

zo de 2006, RC 4019/00, 9 de marzo de 2006, RC 2910/00, 10 de mayo de 2006, RC 3097/99 y 11 de diciembre de 2006, RC 1257/00). En el caso, no hubo que esperar a la conclusión de las diligencias penales pues antes de que estas se archivaran, la aseguradora había procedido a consignar la cantidad que, con los datos que hasta ese momento le permitían conocer y valorar el daño corporal que debía ser resarcido, entendía podría ser suficiente para cubrir las consecuencias económicas derivadas del accidente. La causa justificada es evidente para no imponer este recargo.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las de ninguna de ambas instancias. Tampoco de las ocasionadas por los recursos, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por las representaciones procesales de d. Juan Enrique y doña Inmaculada , contra la sentencia dictada, en fecha 5 de octubre de 2008, por la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3ª.
2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo relativo a la falta de legitimación de los demandantes y condenamos a la demandada Mapfre Mutualidad de Seguros, a que abone a los actores la suma de 15.628,73 euros.
3. No procede imposición de costas en ninguna de las instancias, ni en las correspondientes a los recursos de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Francisco Marín Castán. José Ramón Ferrándiz Gabriel. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Encarnación Roca Trías. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Gimeno Bayón Cobos. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.

Continuando con la resolución de las diferentes cuestiones que, en materia de daños personales en el ámbito circulatorio, viene produciéndose por la Sala Primera del Tribunal Supremo, en especial, desde que es presidida por don Juan Antonio Xiol Ríos, gran amigo de esta Asociación y Miembro de Honor de la misma, surge la Sentencia de Pleno de fecha 13 de sep-

tiembre de 2012, de la que es Ponente don José Antonio Seijas Quintana, donde, en términos bastantes sencillos, se determina la solución para la siguiente cuestión: Transcurridos nueve meses desde el accidente y cinco meses después de recibir el alta médica un grave lesionado, el mismo fallece, no siendo objeto de discusión que tal fallecimiento trae causa del accidente. Sus padres obvian el reclamar, en calidad de perjudicados, la correspondiente indemnización por el fallecimiento y, por el contrario, reclaman, en su condición de herederos, las indemnizaciones por Incapacidad Temporal (Tabla V), secuelas fisiológicas y estéticas (Tabla III), e igualmente, las correspondientes a varios de los factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes de la Tabla IV, en concreto, perjuicio económico, daños morales complementarios, Incapacidad Permanente Absoluta, Gran Invalidez o necesidad de ayuda de tercera persona, y daños morales a familiares, si bien, esta última, rechazada por el Juzgado, no fue combatida en Apelación ni en la posterior Casación. Tales pretensiones se apoyan en el hecho de entender que han sido adquiridas iure proprio por el lesionado y trasladadas, con ocasión de su fallecimiento, iure hereditatis a los demandantes.

El Tribunal Supremo, tras diferenciar este caso del enjuiciado anteriormente en la Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2009 (en aquel supuesto, el fallecimiento no traía causa del accidente), concluye que debe aplicarse la compatibilidad de las distintas situaciones (lesiones y fallecimiento, aunque la indemnización derivada de éste último no había sido reclamada, quedando la duda de si pudiera estar prescrita), dejando bien claro que todas las indemnizaciones, tanto por daño fisiológico en sentido estricto como por daños patrimoniales vinculados a estos y por daños no patrimoniales y finalistas “deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado desde el momento del alta médica, lo que se traduce en que el fallecimiento posterior de la víctima no elimina dicho derecho”.

Ahora bien, y esto es lo más importante a mi entender de la Sentencia, el Alto Tribunal determina seguidamente la indemnización por las lesiones permanentes en proporción al tiempo vivido. Y así, si bien el fallecimiento posterior no debe afectar a la indemnización por la incapacidad temporal (166 días de carácter hospitalario), si habrá de tenerse en cuenta respecto a las demás indemnizaciones reclamadas, adecuándolas al tiempo transcurrido desde la fecha del alta médica hasta la del fallecimiento y transmisión del perjuicio que se reclama a los herederos, con base en que “aquellos parámetros temporales y personales considerados en abstracto dejan de serlo porque se conocen los perjuicios, reales y ciertos, que ha sufrido desde la fecha del siniestro y que no quedan absorbidos por la muerte posterior por cuanto tienen entidad propia e independiente”.

En este caso, como sólo habían transcurrido cinco meses, al partir el Tribunal Supremo de la edad del lesionado (menor de 20 años, y en concreto, con 15 años a la fecha de su fallecimiento) y de la expectativa normal de vida, salen unas cantidades ínfimas (2.705 euros

COMENTARIO

En los casos de indemnizaciones por daños no patrimoniales (Incapacidad Permanente y daños morales a familiares) o finalistas (necesidad de ayuda de otra persona, perjuicios morales a familiares, adecuación de la casa y vehículo), se establece que podrá tenerse en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyan en la valoración concreta de la indemnización

por las secuelas fisiológicas y 60 euros por las secuelas estéticas, 150 euros por los daños morales complementarios y un total de 1.000 euros por la Incapacidad Permanente Absoluta y la Gran Invalidez). Por ello, termina el Tribunal Supremo incrementando la indemnización resultante (incluido la de la Incapacidad Temporal que no se había visto mermada, lo que suponía un total de 14.207,94 euros) en un 10%,

con base en el nuevo factor corrector jurisprudencial consistente en “la mayor concentración de dolor, sufrimiento y afectación, inmediato e imprevisible”, durante esos meses que transcurrieron con tales gravísimas lesiones, por lo que se alcanza la cifra definitiva de 15.628,73 euros, sin imposición de los intereses legales por entenderse que la causa justificada era evidente en el presente caso, donde la aseguradora había realizado una alta consignación (312.527,5 euros) en tiempo y forma y acompañada de la solicitud de declaración de suficiencia.

Por último, conviene recordar lo resuelto en la mencionada Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2009. En aquel caso, se trataba de la reclamación de los hijos, en su condición de herederos de su fallecida madre (habiéndose producido dicho fallecimiento dos años después de la producción del siniestro y por razones ajenas al mismo), de las correspondientes indemnizaciones que le hubieran correspondido a su madre como consecuencia de las heridas padecidas en el siniestro (Incapacidad Temporal, secuelas físicas y estéticas, perjuicio económico, daños morales complementarios, necesidad de ayuda de otra persona, adecuación de vivienda y de vehículo, y perjuicios morales a familiares).

Pues bien, en este caso, donde, insistimos, el fallecimiento se había producido por razones ajenas al accidente, el Alto Tribunal, efectuó una distinción en función de las indemnizaciones reclamadas. Y así, dejó bien claro que las derivadas de daños fisiológicos en sentido estricto o las que, aún cubriendo perjuicios de carácter patrimonial, se calculan en la LRCSCVM en función de la importancia de aquellos (secuelas, perjuicios económicos y daños morales complementarios) “deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado desde el momento en que se consolidan mediante su determinación a través del alta médica” y ello porque “la determinación de los daños por estos conceptos se hace sobre un sistema de presunciones establecido en función de unos parámetros temporales y personales considerados en abstracto”. Ahora bien, en los casos de indemnizaciones por daños no patrimoniales (Incapacidad Permanente y daños morales a familiares) o finalistas (necesidad de ayuda de otra persona, perjuicios morales a familiares, adecuación de la casa y vehículo), se establece que podrá tenerse en cuenta el fallecimiento prematuro de la víctima como una de las circunstancias que influyan en la valoración concreta de la indemnización dentro de la horquilla establecida.

Finalmente, merece destacarse la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 por el estudio que se realiza en la misma respecto a la existencia o no de causa justificada para la imposición de los intereses del artículo 20, dejando bien claro que no constituye tal causa justificada el hecho de que pudieran existir dudas en cuanto a la concurrencia de culpas entre los conductores y recordando finalmente el acuerdo del Pleno respecto al doble tramo a la hora de calcular tales intereses.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Acción de cumplimiento del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional instada por dos médicos a los que se condena solidariamente a indemnizar a un menor y a sus padres por las lesiones ocasionadas a aquel como consecuencia del actuar imprudente de los mismos. Se estima la referida acción al considerar que lo que se produjo fueron dos siniestros al haber dos comportamientos profesionales distintos, por lo que la aseguradora debe hacer frente a la totalidad de la cobertura

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 15 de octubre de 2012.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Siendo este procedimiento uno de los tres seguidos en relación con el mismo hecho litigioso, debemos hacer constar, como antecedentes, que, con fecha 1 de junio de 1987 se concertó póliza de responsabilidad civil profesional por el Colegio de Médicos de Vizcaya con la entidad CRESA (hoy ALLIANZ), que cubría al demandado Sr. Severiano, entre otros. En el mes de diciembre de 1991 se presentó querrela contra el Dr. Severiano (ginecólogo) y don Antón (pediatra) y la Clínica San Francisco Javier que terminó con sentencia absolutoria en relación con una pretendida falta de lesiones por imprudencia derivada de las inferidas al menor hijo de

los querellantes, aquejado de parálisis cerebral. Por los padres del menor se entabló demanda registrada como juicio de menor cuantía, autos 672 de 1994 del JPI nº 4 de Bilbao contra los Dres. Severiano y Antón, los que fueron condenados solidariamente a abonar las cantidades que se determinarían en ejecución de sentencia; fue confirmada por la Audiencia Provincial y se inadmitió el recurso de casación interpuesto. En ejecución de sentencia se terminó la indemnización por auto del Juzgado de 28 de junio de 2002, que estableció 533.800,13 euros para el menor y 594.503,57 euros para los padres del menor, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial. Por don Antón se interpuso demanda contra ALLIANZ que dio lugar al PO 493/2005 del JPI nº 4 de Bilbao dictándose sentencia con fecha 18 de octubre de 2005 con estimación parcial de la demanda, condenando a la demandada al pago de 150.253 euros.

La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial y se estimó parcialmente el recurso extraordinario por infracción procesal y se desestimó el de casación ante este Tribunal Supremo en sentencia de 30-11-2010, rec. 432 de 2007. Durante la tramitación de dicho PO 493/2005 la aseguradora instó procedimiento de consignación de jurisdicción voluntaria, autos 703/2005 del JPI nº 4 de Bilbao, en el que se ofrecía la totalidad de la cobertura de la póliza a ambos doctores para que la repartiesen en la forma que estimaran oportuna, siendo sobreseído el expediente y devueltas las cantidades a la aseguradora. En la póliza constan como condiciones 2ª, 3ª y 6ª, lo siguiente: I.- RIESGOS ASEGURADOS A- La Responsabilidad Civil atribuible al Asegurado, derivada de los daños corporales causados a terceras personas a consecuencia de errores, omisiones, o negligencias involuntarias cometidas en el desarrollo propio de su actividad profesional y práctica de la Medicina y/o Cirugía. III.- LÍMITES DE LA GARANTÍA Siniestros: Todos los siniestros debidos a una misma causa derivada de un mismo error o falta profesional, serán considerados como un solo siniestro al cual se aplicará en límite de garantías indicado, en la póliza. VI.- GARANTÍAS Se establece una garantía máxima única por siniestro de pts. 25.000.000.

En la sentencia dictada por la AP de Vizcaya en el PO 672 de 1994 se concretó la responsabilidad del Dr. Severiano en la no adopción de precaución durante el embarazo de la madre del niño, a pesar de que los antecedentes médicos exigían control, así como en la aplicación de la ventosa en el momento del parto. La responsabilidad don Antón la fundaba en la no adopción de



las medidas necesarias para comprobar que el recién nacido presentaba un grave traumatismo craneoencefálico. Las indemnizaciones, por falta de solvencia, las pagó la hermana del Dr. Severiano, para evitar el procedimiento de apremio. Cuando don Antón cobró de la aseguradora entregó el importe a la referida Sra. Dª Montserrat. La Sentencia de esta Sala 1ª del TS de 30-12-2010, rec. 432 de 2007, dictada en el procedimiento instando por Don. Anton contra la aseguradora, registrado como PO 493 de 2005 del JPI nº 4 de Bilbao, estableció: a) El efecto reflejo de la cosa juzgada derivada del PO 672 de 1994.

b) Que se trataba de dos siniestros y no de uno solo, que hubo dos comportamientos profesionales distintos sometidos a distintas exigencias, por lo que la aseguradora debía hacer frente a dicha demanda con la totalidad de la cobertura.

SEGUNDO.- La demanda del presente procedimiento la interpone el Dr. Severiano contra la aseguradora ALLIANZ reclamando la totalidad del importe de la cobertura del seguro de responsabilidad civil, la que es estimada en primera y segunda instancia.



RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL TERCERO.- Motivos primero y segundo. Vulneración del art. 218 LEC, ya que existe incongruencia omisiva habida cuenta de que no se resuelve expresamente sobre la compensación alegada por esta representación. Vulneración de la tutela judicial efectiva. Art. 24 de la Constitución.

Infracción de normas reguladoras que rigen actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión de acuerdo al motivo previsto en el art. 469.1.3º LEC al vulnerarse el contenido del art. 408 LEC; por cuanto no se confirió traslado al demandante sobre la compensación alegada por esta representación. Esta infracción se cometió por medio de auto de fecha 29 de mayo de 2008. Se desestiman los motivos, que se analizan conjuntamente por su concatenación. Alega la recurrente que al amparo del art. 43 de la LCS se había subrogado en las acciones de regreso que don Antón pudiera tener frente al Dr. Severiano y ejercita esa acción por vía de compensación, al entender que el Dr. Severiano es el principal causante de las lesiones, y su cuota

de responsabilidad es mayor, sin que la sentencia se haya pronunciado sobre tal cuestión, procediendo la nulidad al causar indefensión al no conferir traslado de la compensación conforme al art. 408 LEC. Esta Sala debe declarar que en la sentencia recurrida se analiza con profundidad el tema de la compensación en el FDD 4º, por lo que ninguna incongruencia se produce, si bien en la sentencia no es estiman graduables las responsabilidades. Como declara, entre otras la sentencia 11/11/2010, recurso Nº: 2048/2006, debe entenderse la motivación como la exigencia de expresar los criterios esenciales de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi [razón decisoria] (SSTC 119/2003, de 16 de junio; 75/2005, de 4 de abril; 60/2008, de 26 de mayo), su finalidad es exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada y permitir así su eventual control jurisdiccional -SSTS de 1 de junio de 1999 y de 22 de junio de 2000-, así como la crítica de la decisión y su asimilación por el sistema jurídico interno y externo, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que incumbe a todos los poderes públicos (STS 04/12/2007, RC n.º 4051/2000). En cuanto a la pretendida indefensión (art. 24 de la CE), igualmente debe rechazarse dado que si bien no se dio traslado de la compensación a la parte actora, ello fue objeto de recurso de reposición, entendiendo la demandante que no había nada que compensar, que no precisaba de traslado alguno y que la cuestión debía resolverse en sentencia.

Por tanto, no se produjo indefensión al actor que renunció expresamente al traslado y a la nulidad interesada en el recurso de reposición ni tampoco a la demandada pues el tema ha sido resuelto en sentencia, como hemos dicho. El Tribunal Constitucional ha manifestado en numerosas ocasiones que la exigencia constitucional de motivación no impone «una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté fundada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate» (STC número 101/92, de 25 de junio), de manera que «solo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la Constitución» (STC número 186/92, de 16 de noviembre).

CUARTO.- Motivos tercero, cuarto y quinto.

Infracción de normas reguladoras que rigen actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o

hubiere podido producir indefensión de acuerdo al motivo previsto en el art. 469.1.3º LEC, al vulnerarse los arts. 281 y 283 LEC por inadmisión de prueba propuesta sin justificación suficiente en relación con el art. 335, 336 y 339 LEC por solicitud de pericial médica y con el art. 360 en relación a las testificales solicitadas para que valoren los documentos aportados y admitidos como documental, en relación con el art. 24. 1 de la Constitución.

Infracción del art. 222.4 por aplicación indebida del instituto de cosa juzgada y efectos reflejos de una sentencia previa. La aplicación del art. 222.4 LEC ha supuesto una vulneración de los derechos fundamentales constitucionales de igualdad, defensa, audiencia y contradicción que asisten a esta representación en virtud del art. 24 de la Constitución que se denuncia infringido por vulneración de la tutela judicial efectiva. Esta vulneración se produce no solo por la sentencia de instancia sino también por el auto de 29 de mayo de 2008, denegación de prueba en primera instancia, sentencia de segunda instancia y autos de 22 de septiembre de 2009 y 30 de octubre de 2009, en donde se deniega la prueba en segunda instancia. Todo ello en relación con los arts. 281 y 283 LEC. Se desestiman los tres motivos que se analizan conjuntamente por su subordinación y relación.

Alega la recurrente que se le rechazaron en primera y segunda instancia periciales y testificales tendentes a demostrar que la culpa del Dr. Severiano era la única o al menos mayor que la don Antón, en virtud de lo cual pretendía no pagar nada o reducir la cuantía de lo reclamado. Tan solo se aceptó la documental.

Niega también el efecto reflejo de la cosa juzgada, al ser diferentes las partes en el procedimiento que entablaron los padres contra los médicos, en el que no intervino la aseguradora. Examinada la sentencia recurrida se aprecia que las pruebas le fueron rechazadas en ambas instancias, pues la cuestión de la responsabilidad excluyente o compartida ya había sido determinado en el antes mencionado procedimiento de Menor cuantía 672/1994 del Juzgado de primera Instancia nº 4 de Bilbao, en el que había recaído sentencia firme (art. 222.4 LEC). Este tema también fue objeto de discusión en el PO. 493 de 2005 seguido a instancia don Antón contra la aseguradora hoy demandada y recurrente, en el que recayó sentencia de esta Sala 1ª de 30-12-2010 en la que se declaró que, la prueba inadmitida carecía de relevancia a causa de los efectos que en el proceso debía producir la que en otro anterior se

había declarado la responsabilidad solidaria del doctor. Continúa la sentencia declarando que de la sentencia recaída en el MC 672/1994 se deduce la implícita imputación del daño a los dos médicos en una proporción igual, esto es en un 50%. Mantiene, también, la sentencia de esta Sala que se produce un efecto reflejo de lo acordado en el juicio de menor cuantía sobre lo debatido en el procedimiento que entabló don Antón, de acuerdo con el art. 222. 4 LEC. Esta Sala debe declarar que no se ha infringido el derecho a la tutela judicial efectiva por haber denegado pruebas que se demostraron superfluas habida cuenta que pretendían acreditar unos hechos que no podían ser objeto de debate, al haber sido fijados con firmeza en anterior procedimiento, habiendo aplicado con acierto la sentencia recurrida el art. 222.4 LEC, al producirse el efecto reflejo de la cosa juzgada derivada de la sentencia recaída en el MC 672 de 1994 sobre lo cuestionado en estos autos 251 de 2008, procedentes del JPI nº 4 de Bilbao. Sobre la cosa juzgada material (art. 222 de la LEC) ha declarado esta Sala: Junto al llamado efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, la sentencia firme tiene también un efecto positivo o prejudicial, que impide que en un proceso ulterior se resuelva un concreto tema o punto litigioso de manera distinta a como ya quedó decidido en un proceso anterior entre las mismas partes. El hecho de que los objetos de dos procesos difieran o no sean plenamente coincidentes no es óbice para extender al segundo pleito lo resuelto en el primero respecto a cuestiones o puntos concretos controvertidos que constan como debatidos, aunque tan sólo con carácter prejudicial, y no impide que el órgano judicial del segundo pleito decida sin sujeción en todo lo restante que constituye la litis (SSTS 1 de diciembre de 1997, RC n.º 2936/1993 y 12 de junio de 2008, RC n.º 1073/2001). El efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria (SSTS de 28 de febrero de 1991, 7 de mayo de 2007, RC 2069/2000).

La jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquellos contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007, RC n.º 2069/2000). Este criterio se funda en que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte

que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24.1 CE (STC 34/2003, de 25 de febrero).

Sentencia: 25/05/2010. Recurso Nº: 931 / 2005 A la vista de lo expuesto debemos declarar que la aseguradora se subrogó en la posición del asegurado, de quien se constituye en su causahabiente, entendiéndose por tal, conforme a la Real Academia de la Lengua a la "persona que ha sucedido o se ha subrogado por cualquier título en el derecho de otra u otras" (TS, Civil del 24 de Mayo del 2012, recurso: 2098/2009).

Sobre ello declara el art. 222.3 LEC que la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes. Es más aunque no hubiese identidad de partes no podemos olvidar la existencia de prejudicialidad impropia sobre la que esta Sala ha declarado que: Se trata de la llamada litispendencia impropia o prejudicialidad civil, que se produce, como ha dicho la sentencia de 22 de marzo de 2006, cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro (SSTS 20 de noviembre de 2000, 31 de mayo, 1 de junio y 20 de diciembre de 2005) aún cuando no concurren todas las identidades que exigía el artículo 1252 del Código Civil. STS, Civil sección 1 del 29 de Diciembre del 2011. Recurso: 1725/2008 Tampoco podemos aceptar que la cuestión de las cuotas de responsabilidad no se hubiese debatido, pues implícitamente se determinaron como ya dijo este Tribunal en su sentencia de 30-12-2010, razonamiento que compartimos y asumimos.

RECURSO DE CASACIÓN QUINTO.- Motivo primero. Infracción por inobservancia del contenido del art. 1138 CC en relación con los arts. 1145 y ss del Código Civil puesto que la solidaridad entre deudores permite que una vez sea abonado el importe por uno de ellos, se pueda reclamar únicamente lo que a cada uno corresponde. Se desestima el motivo.

Entiende el recurrente que las relaciones internas de los obligados solidarios se rigen por la mancomunidad y que como aseguradora, en ejercicio de la acción subrogatoria (folios 8 y 41 del recurso) pretende demostrar que la cuota de responsabilidad don Antón es abrumadoramente excluyente, o, al menos, mayor.

Este motivo y sus alegaciones deben ser rechazados al haber sido analizados ya en el an-

terior Fundamento de derecho de esta sentencia, al determinar los efectos reflejos de la cosa juzgada, pues las cuotas de responsabilidad ya quedaron fijadas en anterior sentencia (Menor Cuantía 672 de 1994).

SEXTO.- Motivo segundo. Infracción de los arts. 1, 3 y 73 de la Ley de Contratos de Seguro, en cuanto a la interpretación de la póliza, sus coberturas y su encaje en el supuesto de autos, en relación con el contenido del art. 1284 CC, ya que no se atiende a lo establecido en la póliza. Se desestima el motivo.

Entiende la recurrente que estamos ante un siniestro y no dos como declara la sentencia recurrida. El apartado III de la póliza establece los límites de garantía y uno de ellos es "Todos los siniestros debidos a una misma causa derivada de un mismo error o falta profesional, serán considerados como un solo siniestro al cual se aplicará el límite de garantías indicado en la póliza."

Añade la recurrente que estamos ante una asistencia médica y un daño, por lo que estaríamos ante un solo siniestro, por lo que la cobertura se la deberán repartir los médicos conforme a sus cuotas de responsabilidad. En la sentencia recurrida se razona que se trata de dos siniestros pues los médicos no pertenecían al mismo equipo, las asistencias médicas fueron diferenciadas, uno en el ámbito de la ginecología y el otro en el de la pediatría. La sentencia de esta Sala 1ª de 30-12-2010 declaró, sobre el particular, "... que el siniestro no fue uno sino doble, por razón de la cooperación a un mismo resultado de dos comportamientos profesionales distintos, sometidos a distintas exigencias". Esta Sala debe declarar en la presente sentencia que nos encontramos ante dos siniestros pues la asistencia al embarazo-parto y el examen posterior del recién nacido son actos médicos dispares, efectuados por dos médicos con diferentes especialidades, que no pertenecen al mismo equipo (hecho probado) y efectuados sobre pacientes diferentes (madre e hijo). La sentencia de 14 de julio de 2003 examina y expone las resoluciones de esta Sala sobre definición del "siniestro" y dice: La primera de estas sentencias (se refiere a la de 20 de marzo de 1991 que reseña más arriba), interpretando el art. 73 de la Ley de Contrato de Seguro declaró que "el legislador español, en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de indemnización de su hecho motivador, de la reclamación, o de ambos, ha optado simplemente por el hecho motivador, que en esencia es el riesgo del nacimiento, es decir, el acto médico que resultare equivocado, que es, en definitiva, lo que cons-

tituye el siniestro y comporta en consecuencia la obligación de indemnizar, de tal modo que esta surge meramente de aquél, que es el acto médico culposo..." (STS, Civil sección 1 del 01 de diciembre del 2006, recurso: 482/2000). En suma, el límite cuantitativo de la cobertura del contrato de seguro es por siniestro, y concurrendo dos, se deberá entregar al demandante la totalidad de la misma, pues la interpretación literal del contrato impide la aplicación del art. 1284 del CC.

SÉPTIMO.- Motivo tercero. Infracción del art. 20.8 y 7 de la Ley de Contratos de Seguro, al aplicar intereses y no tomar en cuenta la consignación efectuada por esta representación. Se desestima el motivo. Alega la recurrente que en la sentencia recurrida se aplican los intereses del art. 20 de la LCS desde el 6 de abril de 2004, fecha en la que se dicta auto por la Audiencia Provincial determinando con carácter firme en ejecución de sentencia las indemnizaciones procedentes y, hasta aquí está de acuerdo, pero difiere en cuanto el día final de cómputo no debe ser el de pago, sino el de consignación. Ciertamente en el procedimiento ordinario 493 de 2005 del JPI nº 4 de Bilbao, planteado por don Antón se fijó como "dies ad quem" para el pago de intereses del art. 20 de la LCS, el de la fecha de consignación, pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia Provincial, en su misma sección que dicta la resolución que ahora se recurre, tema que no fue objeto de casación. En el presente caso consta que la aseguradora consignó la cantidad adeudada, si bien no fue suficiente pues ofreció la correspondiente a un siniestro y no a dos, como ha quedado determinado, y al ser parcial ello no acredita su intención de saldar la deuda; al ofrecer el pago indicó a los doctores que se repartiesen la cantidad según su cuota de responsabilidad asumiendo la aseguradora que solo había un siniestro.

De los correos remitidos por ALLIANZ no se aprecia que el ofrecimiento fuese en pago pues insiste en argumentos de fondo, como la existencia de un siniestro, lo que a la postre conlleva que los doctores rechazaran la consignación y el importe se devolviera a la aseguradora consignante, al sobrepasarse el correspondiente expediente de consignación en el que el Dr. Severiano hizo constar que no se concretaba qué parte de lo consignado le correspondería a él, no siendo válido el ofrecimiento para su posterior reparto entre los médicos "como si de un botín se tratara". En el presente caso estaban claramente determinadas las consecuencias del siniestro, los intervinientes, el con-

trato de seguro, la indemnización fijada a favor de los perjudicados, el límite de cobertura por siniestro (sentencia de esta Sala nº 234 de 2006 de 14 de marzo y STS del 25 de Enero del 2012, recurso: 455/2008) y la aseguradora se limita a cuestionar la existencia de uno o dos siniestros, y consigna de forma confusa para que los médicos se repartan el importe sin concretar la cuota de cada uno, e incluso durante el procedimiento actual y uno anterior llega a cuestionar que pudieran tener el mismo grado de responsabilidad, por lo que no puede considerarse que la consignación fuese en pago ni enervatoria de intereses, dado que no se llega a saber con claridad a quién se le debía entregar ni la proporción (art. 20. 7 y 8 LCS) y no puede entenderse que la consignación enerve el pago de intereses al Sr. Severiano cuando en el procedimiento y en el recurso lo considera insistentemente autor exclusivo (página 41 del recurso, entre otras).

OCTAVO.- Desestimado el recurso extraordinario de infracción procesal y de casación procede la imposición de costas, de ambos, al recurrente (art. 398 LEC de 2000). Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL RECURSO DE CASACIÓN interpuestos por ALLIANZ S.A. representada por la Procuradora D.ª María Eugenia Fernández Rico Fernández contra sentencia de 18 de febrero de 2010 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bilbao. 2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. 3. Procede imposición en las costas de ambos recursos al recurrente. Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Roman Garcia Varela, Xavier O'Callaghan Muñoz, firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Se analiza en el presente caso la demanda interpuesta por un médico frente a su compañía aseguradora en reclamación de 150.253 euros, por incumplimiento del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional. Dicha reclamación trae causa del siniestro declarado por dos médicos de distintas especialidades (un ginecólogo y un pediatra) que son condenados solidariamente a indemnizar a unos padres y a su hijo por importe total 1.148.303,70

euros, como consecuencia del actuar negligente de los mismos en el seguimiento del embarazo y posterior parto de un niño aquejado de parálisis cerebral. La discusión se torna sobre la interpretación del contrato de seguro, y en concreto, sobre si procede o no aplicar el límite de la garantía máxima por siniestro, o si por lo contrario, al tratarse de dos siniestros independientes la aseguradora debe abonar la totalidad de la cobertura del seguro de responsabilidad civil.

En primer lugar, no podemos pasar por alto la gravedad del supuesto fáctico del que deriva el procedimiento que nos ocupa, que es la indemnización concedida por los daños ocasionados a un recién nacido como consecuencia de la negligente actuación médica de dos especialistas, un ginecólogo y un pediatra, cuyo importe asciende a 1.148.303,70 euros, cantidad que se corresponde con los 533.800,13 euros para el menor y 594.503,57 euros como indemnización para los padres. En concreto, la mala praxis médica deviene por parte del ginecólogo en no mantener durante todo el embarazo las precauciones aconsejables ateniendo a los antecedentes médicos de la madre, así como en la aplicación de la ventosa en el momento del parto que provocó un grave traumatismo craneoencefálico, el cual no fue detectado por el pediatra que examinó al recién nacido, al no realizarle las pruebas oportunas. Dicha cuantía a priori nos puede parecer desproporcionada pero en modo alguno es así, dado que la consecuencia de la mala praxis médica en este caso ha derivado en una parálisis cerebral con la que deberán convivir los padres del recién nacido, así como el daño irreparable a ese niño para el resto de su vida.

Por tanto, lo primero que nos llama la atención es el claro supuesto de negligencia profesional frente al que nos encontramos, así como la cuantía indemnizatoria, que fue asumida directamente por los médicos demandados. Pero resulta igualmente interesante la controversia surgida una vez los médicos abonaron el importe, y ello por la respuesta otorgada por la compañía aseguradora con la que tenían suscrita la póliza de responsabilidad civil profesional al consignar únicamente el importe garantizado como si de un solo siniestro se tratara, lo que da lugar al presente procedimiento.

La postura de la compañía a priori puede parecernos lógica, y ello si tenemos en cuenta los fundamentos de la sentencia recurrida en apelación, en la cual se establecía que el concepto de siniestro va íntimamente unido al de daño ocasionado existiendo por tanto, una misma causa, por lo que “no debe contemplarse si existe un acto médico

Lo primero que nos llama la atención es el claro supuesto de negligencia profesional frente al que nos encontramos, así como la cuantía indemnizatoria, que fue asumida directamente por los médicos demandados. Pero resulta igualmente interesante la controversia surgida una vez los médicos abonaron el importe

COMENTARIO

sino una asistencia o servicio médico único; en cuanto que, este concepto engloba una serie de actos que tienen por finalidad curativa en su totalidad”.

No obstante lo anterior, debemos acudir, tal y como hace la sentencia de la Sala, a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo sobre la materia, el cual establece que la definición de “siniestro” debe ser identificada con el acto que constituye la fuente de la responsabilidad civil (sentencias de 14 de julio de 2003, 7 de noviembre de 2006). Igualmente debemos considerar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1

de diciembre de 2006 en la que se establece lo siguiente: “el legislador español, en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de indemnización de su hecho motivador, de la reclamación, o de ambos, ha optado simplemente por el hecho motivador, que en esencia es el riesgo del nacimiento, es decir, el acto médico que resultare equivocado, que es, en definitiva, lo que constituye el siniestro y comporta en consecuencia la obligación de indemnizar”.

Por tanto, y a pesar de lo alegado por la aseguradora, no podemos sino mostrarnos conformes con la solución adoptada por nuestro Alto Tribunal, y es que en el presente caso nos encontramos ante dos siniestros, por un lado, la asistencia al embarazo-parto prestada por el ginecólogo, y por otro, el examen posterior al recién nacido en el que se omiten las pruebas pertinentes para diagnosticar las graves lesiones padecidas tras el parto. Por lo que se trata de dos actos dispares, efectuados por médicos distintos con diferentes especialidades (un ginecólogo y un pediatra) y realizados sobre pacientes distintos.

A pesar de lo alegado por la aseguradora, no podemos sino mostrarnos conformes con la solución adoptada por nuestro Alto Tribunal, y es que en el presente caso nos encontramos ante dos siniestros, por un lado, la asistencia al embarazo-parto prestada por el ginecólogo, y por otro, el examen posterior al recién nacido en el que se omiten las pruebas pertinentes para diagnosticar las graves lesiones padecidas tras el parto

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Imposición de oficio de los intereses del artículo 20 de la LCS. A pesar de no haber sido solicitados por el demandante, se condena a la aseguradora al abono del interés del artículo 20 de LCS, determinando el Tribunal Supremo su aplicación desde la fecha del siniestro dada la distinta naturaleza respecto de los intereses legales inicialmente concedidos

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 19 de octubre de 2012.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Por la actora se presentó demanda en base al art. 1591 del CC y subsidiariamente la acción de responsabilidad contractual contra la dirección del proyecto, la encargada de la ejecución de la obra y la aseguradora MAPFRE. La demanda se estimó parcialmente, desestimándola con respecto a la constructora y concediendo una cantidad inferior a la solicitada, que fue incrementada por sentencia de la Audiencia Provincial, en virtud de recurso de apelación.

SEGUNDO.- Motivo primero. Infracción del art. 1591 del C. Civil y del art. 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación y de constante y consolidada jurisprudencia de este Alto Tribunal. Se

desestima el motivo. Alega el recurrente que en la sentencia recurrida no se concede la reparación íntegra del patrimonio y ello porque no se da solución a la deformación de los muros, concediendo solo la partida correspondiente a reparación de grietas y los contrafuertes para reforzar los muros, para que puedan soportar las cargas a las que se les somete. El recurrente pretende en vía casacional que abordemos cuestiones atinentes a la valoración de la prueba pericial, que ha sido extensamente analizada en ambas instancias, lo que solo pudo plantearse a través del recurso extraordinario de infracción procesal, que fue inadmitido por defectuoso planteamiento.

Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas a las pretensiones materiales deducidas por las partes, correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las "cuestiones procesales, entendidas en sentido amplio". Por lo que procede rechazar el motivo en cuanto se sustenta en el error en la valoración de la prueba. STS, Civil del 22 de Junio del 2012.

TERCERO.- Motivo segundo. Infracción del art. 20 de la Ley de Contratos de Seguro y de constante y consolidada jurisprudencia de este Alto Tribunal. Se estima el motivo.

Plantea la recurrente que no se debió tomar como dies a quo el de interposición de la demanda y que no se debió aplicar el interés legal más el 50%. El actor en la demanda solicitó los intereses legales desde la interposición de la demanda, que fue la cantidad concedida en la sentencia del Juzgado. En la sentencia de la Audiencia Provincial, que ahora se recurre, en virtud del recurso de apelación se fija el interés del art. 20 de la LCS con respecto a la aseguradora, desde la interposición de la demanda, por ser esa la fecha que se pedía como inicial para los intereses legales.

En auto de complemento de sentencia se aclara que será el legal incrementado en un 50% durante los dos primeros años computados a partir de la presentación de la demanda y a partir de ese momento pasarían a ser los del 20% anual. La demandante, hoy recurrente, interpuso la demanda contra MAPFRE en base, entre otros, al contrato de seguro a la construcción que la propia recurrente había concertado, siendo tomador y asegurado. El art. 20 de la LCS, en su apartado 1 establece que la mora no solo se predica del tercero perjudicado, sino tam-



bién del tomador y asegurado, mientras que el apartado 4 fija que la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%... No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%.

En el apartado concreta que será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro. De lo referido se puede concluir que:

1. Los intereses del art. 20 de la LCS , se aplican de oficio.
2. Benefician no solo al tercero perjudicado sino también al tomador y/o asegurado.
3. Se computan desde la fecha del siniestro.

En la sentencia recurrida se computan desde la interposición de la demanda, pues esa es la fecha para la que se solicitaron los intereses legales, pero la naturaleza de estos y los del art 20 de la LCS son esencialmente diferentes, por lo que no se puede extender lo peticionado para unos intereses resarcitivos como los legales (art. 1108 del C. Civil), a otros que se aplican de oficio porque no solo suponen un intento de restauración económica sino de penalización extraordinaria del incumplimiento del asegurador. Según el artículo 20.8 de la LC, el recargo de los intereses por mora del asegurador tiene lugar cuando no se produce el pago de la indemnización por causa no justificada o imputable a la aseguradora.

En su interpretación, tanto en su primitiva redacción, como en el texto vigente dado por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que la indemnización establecida en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro tiene desde su génesis un marcado carácter sancionador y una finalidad claramente preventiva, en la medida en que sirve de acicate y estímulo para el cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre el asegurador, cual es la del oportuno pago de la correspondiente indemnización capaz de proporcionar la restitución íntegra del derecho o interés legítimo del perjudicado. La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta



despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso (SSTS 13 de junio de 2007; 26 de mayo y 20 de septiembre 2011). STS, Civil del 25 de Enero del 2012, recurso: 455/2008.

La diferente naturaleza de dichos intereses nos lleva a la aplicación de los intereses del art. 20 de la LCS, desde la fecha del siniestro, pues no pueden derivarse a la interposición de la demanda, pues dicha concreción temporal no fue solicitada en la demanda para el recargo, pues ni siquiera se postuló en la demanda. Como fecha del siniestro más objetiva es la solicitada en el recurso, de 11 de julio de 2006, en la que los daños fueron evaluados por el perito Sr. Abelardo.

Por tanto, procede estimar en este motivo el recurso de casación fijando la condena con respecto a la aseguradora MAPFRE en el interés legal más el 50% desde el 11 de julio de 2006, y el 20% desde el 12 de julio de 2008 hasta su pago.

CUARTO.- Estimado en parte el recurso de casación, no procede expresa imposición en las costas derivadas del mismo (arts. 394 y 398 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por JARA ARREN-

DAMIENTOS Y SERVICIOS S.L. representada por la Procuradora D.^a Isabel Julia Corujo contra sentencia de 15 de enero de 2010 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo.

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la aseguradora MAPFRE a que abone a la actora el interés legal más el 50% desde el 11 de julio de 2006, y el 20% desde el 12 de julio de 2008, hasta su pago. Se mantiene la resolución recurrida en los demás extremos.

3. No procede expresa imposición en las costas del recurso de casación.

Librese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos, José Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Román García Varela. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Esta sentencia aborda de modo muy sintético, casi telegráfico, fiel al estilo de su ponente, el diferente estatuto a que están sometidos los intereses moratorios ordinario del art. 1108 C.c. y los especiales del asegurador del art. 20 LCS. Corresponde a un proceso en el que, ejercitada acción de responsabilidad decenal por vicios ruinógenos frente a una empresa constructora y frente a la aseguradora de su responsabilidad civil, la parte actora solicitó que se las condenara al abono de la correspondiente indemnización, con los intereses legales devengados desde la fecha de la presentación de la demanda.

El JPI acogió parcialmente la demanda y fijó una determinada cantidad como principal indemnizatorio, estableciendo que devengaba los intereses moratorios ordinarios solicitados. Apelada la sentencia, la AP acordó un incremento del principal y condenó a la aseguradora a abonar los intereses moratorios especiales, con devengo desde la presentación de la demanda, manteniéndose los ordinarios con cargo a la asegurada condenada, sin pronunciarse sobre la mora procesal que afectaba a ésta, dada la adopción de aquel incremento indemnizatorio. Recurrida en casación la sentencia por la parte actora, el TS acoge el motivo atinente al art. 20 LCS, casa la resolución impugnada y, en su lugar, establece que los intereses especiales fijados se devengan desde la fecha del siniestro, dada la explícita previsión de aquel precepto mercantil.

El TS afirma que la naturaleza de los intereses moratorios ordinarios y la de los especiales del asegurador es “esencialmente” diferente, para después referirse a su “diferente naturaleza”. Puntualiza con acierto que los ordinarios son “restauradores”, mientras que los especiales son, además, “de penalización”, es decir, punitivos. Por tanto, queda claro que la naturaleza de unos y otros intereses, determinada por su respectiva función, es sólo parcialmente diferente, pues unos y otros son restauradores (en cuanto moratorios), mientras que los especiales cumplen, además, una función represiva que define la especialidad de su estatuto.

Debe tenerse en cuenta que, bajo el concepto de la restauración (indemnización, compensación, satisfacción) como función asignada a unos y otros intereses, se incluyen dos funciones distintas que son, primero, la de la actualización valorista del crédito resarcitorio y, después, la resarcitoria del estricto daño moratorio, consistente en compensar el lucro cesante que, legalmente presumido en su existencia y en su cuantía tasada, origina la indisposición del crédito. Los intereses especiales del asegurador cumplen también estas mismas funciones, aunque, en virtud del exceso sobre el tipo del interés legal del dinero (compuesto por la tasa o subcuota de actualización valorista y por la del interés neto o puro), cumple una finalidad estrictamente punitiva, constituyendo verdaderamente, en esa parte, una pena privada de la que, por definición, se beneficia el acreedor insatisfecho, como justo título enriquecedor (verdadero beneficium del acreedor).

La prevalencia y singularidad de la función punitiva asignada aditivamente a los intereses moratorios especiales determina que su estatuto sea diferente del de la mora ordinaria, pues ésta, cumplidos sus requisitos, da lugar al devengo de intereses moratorios siempre que hayan sido objeto de rogación y a que su reconocimiento haya de efectuarse dentro de los términos de su solicitud (dies a quo de su devengo), por lo que, en este caso, no podían reconocerse intereses moratorios ordinarios con devengo anterior a la presentación de la demanda.

En cambio, los intereses moratorios especiales del asegurador, por su naturaleza parcialmente punitiva, conforma un estatuto, cuya característica fundamental es que el juez puede imponerlos de oficio. En este sentido, el TS no se expresa con rigor, pues afirma que estos intereses se imponen de oficio, sin tener en cuenta que lo que la norma viene a establecer es que el juez puede (debe) imponerlos ex officio, pero siempre, naturalmente, que se cumplan los presupuestos que los viabilizan. Por tanto, la oficialidad u oficiosidad de la imposición de los intereses no supone mecanicidad de su fijación, pues, pudiéndose (debiéndose) imponer de oficio, el juez no debe hacerlo en el caso de que medie alguna circunstancia de signo exonerador. Por eso, su imposición debe motivarse, aunque con frecuencia la jurisdicción incum-

COMENTARIO

ple este inequívoco deber. En este punto, el estatuto de los intereses moratorios del asegurador se diferencia del estatuto de la mora procesal, cuya efectividad no tiene que justificarse ni siquiera mencionarse ni en la fundamentación ni en el fallo de la resolución, sin perjuicio del deber (incumplido en este caso por la AP) que se impone cuando en una instancia superior se ha modificado el alcance de la condena adoptada por la resolución recurrida.

La exigencia del requisito rogatorio relativo a los intereses moratorios ordinarios se debe a que éstos constituyen una indemnización con la que resarcir un específico daño (el daño moroso) y, dado que se trata de repararlo, sólo puede accederse a su reparación si lo alega y reclama quien lo ha padecido, aunque queda liberado de la necesidad de su prueba en virtud de la presunción legal que comporta el art. 1108 C.c. Explicada la razón por la que los intereses moratorios ordinarios están sometidos al principio dispositivo, el hecho de que su tipo incorpore una subcuota de actualización valorista no supone variación alguna de su régimen jurídico, pues, aunque la actualización de tal signo no tiene que ser explícitamente solicitada, la inclusión de aquella subcuota en el tipo de los intereses queda sujeta a la definición que siempre ha tenido y sigue teniendo la figura de la mora, concebida para resarcir el lucro cesante causado por la falta de disposición del crédito; y esto supone que la subcuota valorista que incorpora el tipo legal queda inserta en la disciplina propia de la mora, pues la función resarcitoria que cumple determina su concreto estatuto.

Precisamente por eso se explica que los intereses moratorios especiales del asegurador puedan imponerse de oficio. Efectivamente, estamos ante unos intereses que son moratorios y que, además, son punitivos; y es su sentido represivo el que da lugar a su existencia legal, como verdadera pena privada, siendo la finalidad astrictiva la que condiciona su régimen jurídico, consistente en ordenarse al juez que, aunque no se pidan, si considera que el asegurador es merecedor de tal castigo (mejor dicho, si considera que el asegurador no ha acreditado que no lo sea), los imponga; y esta dimensión punitiva delimita la disciplina de estos intereses especiales, sobreponiéndose a su significación como intereses moratorios, con su doble componente, el estrictamente resarcitorio y el de la actualización valorista del crédito reforzado. Pero la clave de estas apreciaciones radica, a su vez, en que esa subcuota de actualización valorista, que tiene su pleno sentido cuando opera con créditos nominales reforzados con estos intereses especiales, pierda su sentido cuando se trata de créditos resarcitorios cuyo principal se integra con la actualización valorista a la fecha de la determinación de su nominal efectivo. Por ello, cuando los intereses moratorios, ordinarios o especiales, se proyectan sobre un crédito resarcitorio que de suyo queda actualizado, no ha de operar la subcuota valorista hasta el momento en que se produce la nominalización definitiva del crédito, sin perjuicio de que opere a partir del momento en que estos intereses, previamente reconocidos, entren en juego al funcionar como ejecutorios o procesales.

Pero lo particularmente relevante del estatuto de oficialidad de los intereses moratorios especiales es que, no solicitados en la demanda y no reconocidos de oficio por el juzgador de la primera instancia, la apelación de la parte actora dio lugar a que la AP, con independencia de que se le pidieran o no, los apreciara de oficio, de acuerdo con su estatuto, habiéndose de suponer (lo que es mucho suponer) que justificaría esta imposición por cumplirse los requisitos que los justifican. Consecuencia de tal estatuto, es que el juzgador no puede sentirse vinculado por el dies a quo del devengo propuesto por la parte actora para los intereses moratorios ordinarios, de modo que es censurable que la AP se creyera constreñida por ese término inicial. Por ello, incumplida la regulación legal en este punto, el TS corrige la infracción y los reconoce desde la fecha del siniestro.

Sobre el diverso estatuto de los intereses moratorios ordinarios, de los intereses moratorios especiales del asegurador y sobre los intereses procesales, con diferenciación de su régimen común y de su régimen en el ámbito administrativo, me remito a mi monografía Actualización valorista e intereses moratorios en la responsabilidad civil, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 504-557.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD
CIVIL

Reclamación por los daños ocasionados en los inmuebles de los demandantes debido a las obras ejecutadas en un edificio colindante, declarándose la responsabilidad del arquitecto superior y de su aseguradora. Se condena igualmente a la aseguradora al pago de los intereses del artículo 20 de la LCS, al entender que no se han cumplido los requisitos para eximir de dicho pago

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 4 de diciembre de 2012.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

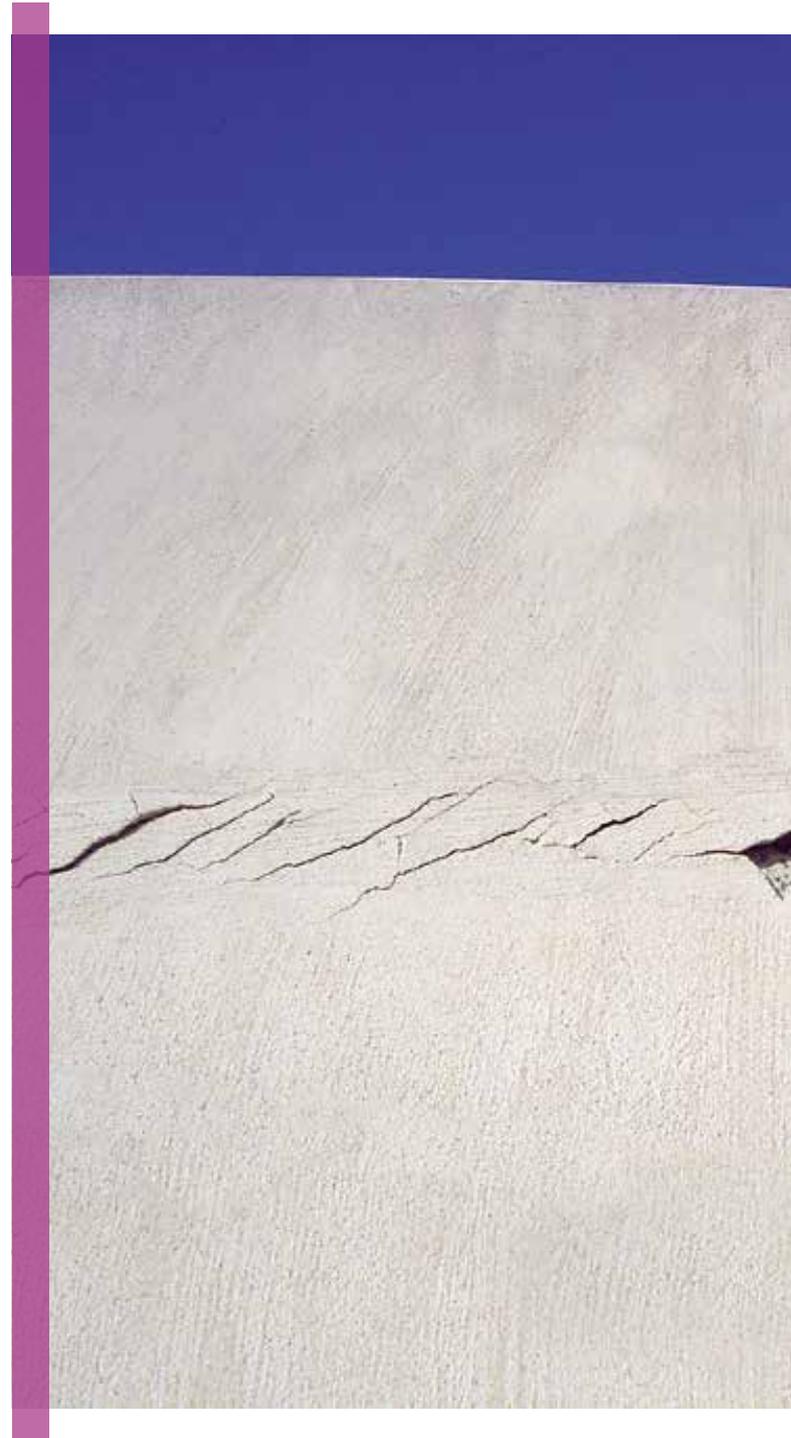
Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. A consecuencia de los daños sufridos en sus inmuebles (detectados a partir del 15 de abril de 2002), con origen en las obras que se venían ejecutando en esa fecha en un edificio colindante, y tras no lograr un acuerdo extrajudicial, las comunidades de propietarios afectadas y algunos de sus miembros decidieron formular demanda de juicio ordinario (2 de diciembre de 2005) en ejercicio de acción de condena a reparar (apartado A del suplico de la demanda) y subsidiariamente (para el caso de no ejecución de las obras de reparación o de que estas debieran realizarse por los demandantes por orden municipal), de reclamación de cantidad (apartados B a F del suplico) por responsabilidad extracontractual (876.884,16+45.6

30,87+78.577,96+1.056,24 euros), contra la entidad promotora y constructora del edificio origen de los daños, y contra el arquitecto superior (D. Serafin), el arquitecto técnico y sus respectivas aseguradoras (Asemas en el caso del primero). 2. En su escrito de contestación (18 de abril de 2006) la aseguradora del arquitecto superior demandado (Asemas) se allanó parcialmente a la demanda (aceptó la petición A de la demanda -obligación de hacer- y se opuso a las pretensiones contenidas en las letras B a F) manifestando haber consignado con anterioridad la suma de 105.015,47 euros (12 de abril de 2006). En síntesis, no negó la realidad de los daños ni la responsabilidad de su asegurado y la suya propia, pero sí adujo pluspetición en la reclamación de la parte actora, dado que a su juicio no se había determinado en qué parte del subsuelo de cada bloque afectado se produjo la penetración, no procedía valorar los metros cuadrados como vivienda libre cuando eran de protección oficial, y, en suma, las obras de reparación eran de cuantía muy inferior a la reclamada, discrepando también del valor probatorio de los dictámenes aportados de contrario. En cuanto a la cantidad consignada, adujo que se correspondía con su participación en el riesgo, y con las cuantías tomadas en cuenta en el presupuesto de proyecto de ejecución presentado por la letrada de la parte demandante. 3. El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó solidariamente a los demandados al pago de 823.180,64 euros (cantidad según auto de aclaración), más, en el caso de las aseguradoras, los intereses del artículo 20.4 LCS -que impuso de oficio-, desde el 15 de abril de 2002 -fecha del siniestro- al 12 de abril de 2006 sobre la suma total y desde esta última fecha sobre la restante (718.165,17 euros), al tipo legal incrementado en el 50% durante los dos primeros años y a partir de esa fecha al que corresponda nunca inferior al 20% anual.

En lo que ahora interesa, sus principales razonamientos fueron los siguientes: a) la sentencia descartó la existencia de fuerza mayor y declaró la responsabilidad civil extracontractual del arquitecto superior, Sr. Serafin por no extremar la diligencia exigible en la elección y supervisión de los trabajos de la empresa encargada de realizar los estudios geotécnicos del suelo (en concreto, por conformarse con estudios de un año antes realizados muy lejos de los edificios colindantes y no exigir nuevos sondeos en las zonas más próximas a las edificaciones colindantes y más cercanos en el tiempo a la ejecución de las obras); b) la responsabilidad del arquitecto superior trajo consigo la de su aseguradora, en atención a lo dispuesto en los artí-



culos 1 y 73 LCS; c) Los intereses se imponen de oficio, al no concurrir causa justificada, debiendo comenzar su devengo en la fecha en que se detectaron las deficiencias, 15 de abril de 2002 -siniestro determinante de responsabilidad civil-, y aplicarse la doctrina de los dos tramos. 4. En apelación la AP absolvió al arquitecto técnico y a su aseguradora Mussat, y ratificó la condena del arquitecto superior y de su aseguradora, Asemas, si bien estimó en parte el recurso de esta última con el resultado de no imponer los intereses por mora del artículo 20 LCS sino únicamente los legales. Justificó la condena del



arquitecto superior al apreciar su responsabilidad por vicios del suelo, sin considerar obstáculo el posible error cometido por la empresa a la que se encomendó el estudio geotécnico en la medida que fue el propio arquitecto quien propuso al promotor su contratación y que al arquitecto corresponde legalmente la dirección de la obra en su conjunto, y por ende, la supervisión y control sobre todos los profesionales intervinientes, más allá de las posibles acciones que pudieran corresponder al condenado contra estos últimos en el ámbito interno de su relación solidaria.

En cuanto al pronunciamiento absolutorio en materia de intereses especiales de demora, al que se contrae el recurso de casación, consta en el relato de la AP que la aseguradora adujo la existencia de causa justificada para su no imposición con fundamento, en síntesis, en la necesidad de agotar el pleito para determinar la responsabilidad de su asegurado y cuantificar el montante de la indemnización, y por la diferencia entre la suma asegurada objeto de cobertura y el importe reclamado. La AP se manifestó a favor de estos argumentos de impugnación y fundó el pronunciamiento absolutorio en materia de intereses del artículo 20.4 LCS en la existencia de justificación, derivada del hecho acreditado de que el pleito fue necesario para concretar las responsabilidades de los distintos implicados (en particular la del arquitecto superior asegurado en Asemas), concretar los daños y cuantificar la indemnización, apreciándose una diferencia sustancial respecto de los daños y e indemnizaciones tomados en cuenta por la parte actora. Además la AP valoró como motivo de justificación de la conducta de la aseguradora que durante tiempo existieron conversaciones entre las partes abiertas a la obtención de un acuerdo. 5. Contra dicha sentencia ha formulado recurso de casación la parte demandante, que ha sido admitido por razón de la cuantía.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso. Con carácter previo a su oposición de fondo la entidad aseguradora recurrida se ha opuesto a su admisión, aduciendo, como causa no apreciada hasta entonces, que el recurso se preparó e interpuso por un cauce inadecuado (por interés casacional, en asunto seguido por la cuantía y no por la materia) así como la falta de acreditación en preparación de dicho interés, y, en todo caso, su inexistencia, por no justificarse la supuesta oposición jurisprudencial y por encubrir en realidad una discrepancia respecto a la valoración probatoria, que es cuestión que excede del ámbito del recurso de casación. No ha lugar a estimar esta causa de no-admisión. (i) La parte recurrente sustenta su recurso simultáneamente en los ordinales 2.º y 3.º del artículo 477.2 LEC y, cuando como acontece, el litigio se siguió por la cuantía y esta es superior al límite legal, tiene dicho esta Sala con reiteración que es irrelevante que se invoque más de uno de los cauces de acceso previstos en el artículo 477.2 LEC. (ii) El recurrente cumple el requisito (artículo 477.1 LEC) de indicar la infracción legal cometida, que ha de referirse a norma civil o mercantil sustantiva objeto de debate (artículo 20 LCS), y la argumentación expuesta posibilita a esta Sala conocer con precisión el alcance de la vulneración denunciada, con cumplimien-

to de las exigencias de claridad y precisión en los términos que lo vienen entendiendo la jurisprudencia. (iii) Tampoco pueden acogerse las referencias al carácter artificioso del recurso, por supuesta alteración de la base fáctica, toda vez que la controversia suscitada gira en torno a una cuestión eminentemente jurídica (existencia o inexistencia de causa justificada para la no imposición del recargo especial por mora), y, en todo caso, excede de la fase de admisión la comprobación de que en efecto se han respetado los hechos probados que han de sustentar el juicio de razonabilidad que procede efectuar en casación.

TERCERO.- Enunciación del motivo único de casación. El motivo se introduce con la fórmula: «Único. Al amparo del art. 477.3, en relación con los arts. 477.1 y 477.2.3º, todos ellos de la LEC, por infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo emanada en torno al mismo». La parte demandante combate la decisión de la AP de no imponer intereses del artículo 20 LCS al entender, en línea con lo razonado por el Juzgado, que no concurre causa justificada. En síntesis, sostiene al respecto que la jurisprudencia de esta Sala condiciona su apreciación a que la oposición de la aseguradora se valore como razonable, circunstancia que solo cabe apreciar cuando el pleito al que se abocó al demandante se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, pero no, como fue el caso, cuando tales aspectos no se discutieron y de los hechos acreditados resulta que la oposición o negativa al pago de la aseguradora se basó exclusivamente en la indeterminación de la cuantía. En particular se afirma que la aseguradora conoció y no discutió desde un principio los daños ni la responsabilidad de su asegurado en su producción, y que por esto se allanó en parte a la demanda, y procedió a consignar una cantidad insuficiente, sin haber pagado o consignado hasta entonces, pudiendo hacerlo ni siquiera el importe mínimo de lo que pudiera deber. El motivo debe ser estimado.

CUARTO.- Intereses de demora. Procedencia para su imposición. A) Si bien de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.8.º LCS, la existencia de causa justificada implica la inexistencia de retraso culpable o imputable al asegurador, y le exonera del recargo en que consisten los intereses de demora, en la apreciación de esta causa de exoneración esta Sala ha mantenido una interpretación restrictiva en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma

al efecto de impedir que se utilice el proceso como excusa para dificultar o retrasar el pago a los perjudicados (SSTS 17 de octubre de 2007, RC n.º 3398/2000; 18 de octubre de 2007, RC n.º 3806/2000; 6 de noviembre de 2008, RC n.º 332/2004, 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1314/2005; 17 de diciembre de 2010, RC n.º 2307/200; 11 de abril de 2011, RC n.º 1950/2007 y 7 de noviembre de 2011, RC n.º 1430/2008, entre las más recientes).

En atención a esta jurisprudencia, si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a los efectos de no imponerle interesesha de examinarse la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada. Esta interpretación descarta que la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición. El proceso no es un óbice para imponer a la aseguradora los intereses a no ser que se aprecie una auténtica necesidad de acudir al litigio para resolver una situación de incertidumbre o duda racional en torno al nacimiento de la obligación misma de indemnizar (SSTS 7 de junio de 2010, RC n.º 427/2006; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 1393/2005; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005; 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007; 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006; 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006 y 26 de marzo de 2012, RC n.º 760/2009).

En aplicación de esta doctrina, la Sala ha valorado como justificada la oposición de la aseguradora que aboca al asegurado o perjudicado a un proceso cuando la resolución judicial se torna en imprescindible para despejar las dudas existentes en torno a la realidad del siniestro o su cobertura, en cuanto hechos determinantes del nacimiento de su obligación, si bien la jurisprudencia más reciente es aún más restrictiva y niega que la discusión judicial en torno a la cobertura pueda esgrimirse como causa justificada del incumplimiento de la aseguradora cuando la discusión es consecuencia de una oscuridad de las cláusulas imputable a la propia aseguradora con su confusa redacción (SSTS de 7 de enero de 2010, RC n.º 1188/2005 y de 8 de abril de 2010, RC n.º 545/2006). En todo caso y a pesar de la casuística existente al respecto, viene siendo criterio constante en

la jurisprudencia no considerar causa justificada para no pagar el hecho de acudir al proceso para dilucidar la discrepancia suscitada por las partes en cuanto a la culpa, ya sea por negarla completamente o por disentir del grado de responsabilidad atribuido al demandado en supuestos de posible concurrencia causal de conductas culposas (STS 12 de julio de 2010, RC n.º 694/2006 y STS de, RC n.º 2307/2006), del mismo modo que no merece tampoco para la doctrina la consideración de causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización, cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido (SSTS de 1 de julio de 2008, RC n.º 372/2002, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007), sin perjuicio, como se ha dicho, de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado.

En relación con esta última argumentación, es preciso traer a colación la jurisprudencia ha precisado que la iliquidez inicial de la indemnización que se reclama, cuantificada definitivamente por el órgano judicial en la resolución que pone fin al pleito, no implica valorar ese proceso como causa justificadora del retraso, ya que debe prescindirse del alcance que se venía dando a la regla in illiquidis non fit mora [tratándose de sumas ilíquidas, no se produce mora], y atender al canon del carácter razonable de la oposición (al que venimos constantemente haciendo referencia) para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del dies a quo [día inicial] del devengo, habida cuenta que la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado (entre las más recientes, SSTS de 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005; 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006; 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006 y 7 de noviembre de 2011; RC 1430/2008). B) El juicio de razonabilidad efectuado por esta Sala en aplicación de estos criterios jurisprudenciales no se compadece con el pronunciamiento absolutorio en materia de intereses contenido en la sentencia recurrida, por lo que cabe apreciar la vulneración normativa que se denuncia y acoger el motivo formulado. En atención a la base fáctica en la que se apoya la AP, idéntica a la del Juzgado, que no cabe alterar en casación, resulta que Asemas tuvo puntual conocimiento desde un principio

de la existencia del siniestro -daños en inmueble colindante-, y que también aceptó sin discusión que tales daños se encontraban causalmente vinculados, cuanto menos en parte, con un proyecto de obra cuya elaboración competía a su asegurado. Estos datos se compadecen también con su decisión de allanarse en parte a la demanda, en demostración de que sus discrepancias incidían exclusivamente en torno a la hipotética cuota de responsabilidad que debía atribuirse a cada uno de los codemandados, y por ende, en cuanto a la determinación de la parte que debía asumir cada responsable respecto del montante total de la indemnización a que fueran condenados (de no serlo solidariamente, como se solicitó).

Pero hasta ese momento, es un hecho probado que el conocimiento de los daños y de la implicación de su asegurado no llevó a la aseguradora a actuar con la diligencia que le era exigible para la rápida liquidación del siniestro pues lejos de tomar la iniciativa en la puesta en marcha de las investigaciones y peritaciones necesarias para la determinación de su deuda (imprescindible para efectuar, en el plazo legal de tres meses al que se refiere el artículo 20.3 LCS, el pago o consignación de la indemnización que entendiera debida en razón a los datos obtenidos) se limitó a esperar las iniciativas al respecto emprendidas por los perjudicados con el propósito de que sirvieran de base a la solución extrajudicial del conflicto, o, tras no lograrse este, a que sirvieran de base a una extemporánea consignación de la cantidad que entendía se correspondía con el porcentaje de responsabilidad que le tocaba asumir. En esta tesitura, esta Sala comparte el criterio del Juzgado de no eximir del recargo a una aseguradora (Asemas) que incumplió los presupuestos de los que la Ley hace depender tal exención (la consignación tardía solo puede valorarse a los efectos de liberar del recargo por su importe), que se limitó a observar una conducta pasiva y que, por más que se aduzcan otras razones, en realidad centró su negativa a pagar o consignar en plazo tan solo en la discrepancia mantenida respecto de la indemnización reclamada, lo que se ha dicho que no es razón justificada. Para alcanzar esta conclusión no es óbice que las partes intentaran sin éxito una solución extrajudicial, ya que no está probado que la falta de acuerdo tuviera que ver exclusivamente con la voluntad de la parte demandante, y por tanto, la aseguradora no puede esperar que tal falta de acuerdo traiga consigo el beneficio unilateral de la exención del recargo como si el riesgo de no conseguir la transacción lo tuviera que soportar únicamente la parte demandante y no la propia

aseguradora, a la que incumbía la rápida liquidación del siniestro y el pronto cumplimiento de su obligación de indemnizar, más allá de que pudiera discutir en juicio su concreta responsabilidad y, de prosperar su oposición, lograr que se le reintegrara lo indebidamente satisfecho.

QUINTO.- Estimación del recurso y costas. Al estar fundado el motivo de casación formulado procede su estimación y la íntegra del recurso, con desestimación del recurso de apelación de Asemas y confirmación de la sentencia de primera instancia en el pronunciamiento relativo a los intereses de demora que ha de soportar la mencionada entidad. De conformidad con el artículo 398.1 LEC, al estimarse el recurso no se hace condena respecto de las costas del mismo. Puesto que la estimación del recurso de casación comporta la revocación de la sentencia de segunda instancia en lo referente al recurso de apelación de Asemas, que debió ser desestimado, procede imponer a dicha entidad aseguradora las costas causadas en el mismo.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Las Comunidades de Propietarios del PASEO000 n.º NUM000, C/ DIRECCION000 números NUM001, NUM002, NUM003 y NUM004, todas ellas de la localidad de Alcobendas (Madrid), y D. Ángel Daniel, D. Bienvenido, D. Eusebio, D.ª Mariola, D. Jesús, D.ª Patricia, D.ª Jose Manuel, D. Pedro Jesús, D. Bernardo, D.ª Adelina, D. Faustino, D. José, D. Plácido, D. Jose Pedro, D. Abilio, D. Celso, D. Florentino, D.ª Inmaculada, D. Lorenzo, contra la sentencia de 17 de julio de 2009, dictada en grado de apelación por la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, rollo n.º 583/08, dimanante del juicio ordinario n.º 667/05, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Alcobendas, cuyo fallo dice: «Fallamos:» Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por don Serafin, así como la desestimación del recurso interpuesto por la entidad Pycopsa, contra la sentencia n.º 166/2007, dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia N.º 2 de Alcobendas, Madrid, en fecha 14 de diciembre de 2007, en cuanto procede por ello mantener la resolución dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia N.º 2 de Alcobendas, Madrid en fecha 14 de diciembre de 2007, sentencia N.º 166/2007, y en el auto aclaratorio de fecha 14 de enero de 2008, en los mismos términos de condena, respecto de los anteriores, así como

procede la condena en costas causadas por sus respectivos recursos».

Procede estimar el recurso de apelación interpuesto por don Joaquín, contra la citada sentencia y procede absolver a este de toda las peticiones en su contra así como a la entidad aseguradora del anterior Mussat Mutua de Seguros a Prima Fija, y dada las dudas de hecho y de derecho que concurren, no procede hacer condena en costa de la primera instancia a la parte actora respecto de las costas causadas en 1.ª instancia».

Procede estimar parcialmente el recurso interpuesto por la entidad Asemas Mutua de Seguros y Reaseguros a Prima Fija, y procede condenar a esta en los mismos términos de la resolución y del auto de aclaración de la misma, en la cuantía allí establecida, de forma solidaria si bien los intereses a abonar por esta serán los intereses legales correspondientes, debiendo igualmente estimarse el recurso interpuesto por la parte actora en relación a que de mantenerse las cantidades de la condena si bien la aplicación en referencia a estas cantidades condenadas respecto del Impuesto al Valor Añadido será al tipo del 16%».

2. Casamos y anulamos en parte la referida sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en cuanto al pronunciamiento de intereses referido a la aseguradora Asemas.

3. En su lugar, confirmamos la condena impuesta en materia de intereses de demora del art. 20.4 LCS a la aseguradora Asemas, en los términos expresados en la sentencia de 14 de diciembre de 2007, aclarada por auto de 14 de enero de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Alcobendas, en autos de juicio ordinario n.º 667/05. 4. No ha lugar a imponer a la parte recurrente las costas de este recurso. Se imponen a Asemas las costas de su recurso de apelación. Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Román García Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

La Sentencia de 4 de diciembre de 2012 redactada por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, analiza la alegación de causa justificada para eludir el pago de intereses moratorios realizada por una aseguradora que resulta condenada al abono de la casi totalidad de la cantidad reclamada como consecuencia de un siniestro en el ámbito de la edificación ocurrido el 14 de abril de 2002 y que se limitó a consignar al ser emplazada para contestar la demanda, el 12 de abril de 2006, -esto es, transcurridos cuatro años del acontecimiento del siniestro- una parte mínima de la cantidad a la que resulta condenada: 105.015,47 euros de los 823.180,64 euros en concepto de principal.

1.- Resolución en la primera instancia: impone, de oficio, los intereses del artículo 20.4 de la LCS.

El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcobendas condena al pago de los intereses moratorios, pese a no haber sido solicitado por la actora, en cumplimiento de lo establecido en el art. 20.4 que determina la imposición de oficio de los mencionados intereses, invocando para ello distintas Sentencias que así lo proclaman.

Esta Sentencia de Primera Instancia no se queda ahí sino que analiza la posible concurrencia de la existencia de “causa justificada o que no le fuera imputable” que impida la imposición de oficio del interés moratorio, invocando diversas Sentencias.

Entre ellas la SAP Alicante 3-2-05 que cita la STS de 12 de noviembre de 2003 en la que el Alto Tribunal afirma que la aplicación de la norma requiere de un juicio previo de la conducta del asegurador para comprobar las circunstancias, y en la que se destaca la afirmación, no siempre considerada, de que “corresponde al asegurador el cumplimiento de una debida diligencia para hacer las investigaciones y peritaciones necesarias para la determinación de su deuda y su cumplimiento, dentro del plazo de los tres meses marcados por este artículo”.

También invoca la Sentencia del Juzgado de Alcobendas la dictada por la AP Soria el 6 de febrero de 2004 y que incide en el carácter sancionatorio y disuasorio de los intereses moratorios regulados en el art. 20.4 de la LCS, así como la como la referencia a “una línea de creciente rigor para con las aseguradoras”, consideración que en ningún caso puedo compartir a la vista de la Jurisprudencia establecida a partir de la STS Sala Primera, de 1 de marzo de 2007, que establece los dos tramos en la imposición de los intereses moratorios, frente a lo sostenido por numerosas Salas de las Audiencias Provinciales, haciendo con ello que la sanción por el incumplimiento se suaviza.

La Sentencia soriana hace referencia también a la del Alto Tribunal de 7 de octubre de 2003, en la que se afirma que no toda controversia entre la aseguradora y el asegurado o perjudicado determina la no aplicación de los intereses sancionadores del art. 20LCS, pues, de entenderlo así, se llegaría al absurdo de que la mera oposición procesal de la aseguradora demandada, en cuanto generadora por sí sola de controversia, la eximiría de esos intereses.

2.- Resolución de la apelación por la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia el 17 de julio de 2009, por la que estima justificado el retraso en el pago de la aseguradora condenada, por entender que:

“En atención a que la necesidad de determinación de la responsabilidad del demandado, la cuantificación del montante indemnizatorio procedente, la propia reclamación económica de la entidad actora, así como su pretensión de ser indemnizada más allá de la suma asegurada objeto de cobertura, conducen a que existían causas justificadas de oposición de la compañía interpelada”.

Esta Sentencia de apelación invoca las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre y 4 de junio de 2007 en el sentido de que la imposición de dichos intereses moratorios exige que el impago “se deba a una conducta irresponsable del asegurador y que la causa de mora no esté justificada”.

Preguntándonos si acaso el retraso en el abono más allá de los tres meses sin causa justificada no supone ya una conducta irresponsable por cuanto contraviene el deber que se le impone por virtud de lo dispuesto en el artículo 18 y 20.3 de la LCS.

Refiere la Sentencia de apelación las SSTSp de 8 de noviembre y 4 de junio de 2007 y tras recordar que “dichos intereses conforman una norma general que obliga a las aseguradoras en

COMENTARIO

toda clase de seguros, fijando imperativamente el pago de unos intereses claramente “sancionatorios” y por ende “disuasorios”, matizan su afirmación diciendo que “cabe recordar que no cabe reprochar retraso en el cumplimiento de sus obligaciones al deudor que, “actuando de manera objetivamente razonable y en virtud de un error de carácter excusable, haya ignorado la existencia de la obligación, o pueda discutir, de forma no temeraria, la validez del acto de constitución de la relación obligatoria”, consideraciones que humildemente no comparto por cuanto abren la puerta a múltiples supuestos que podrían ser invocados por las aseguradoras que podrían buscar ampararse en errores excusables sobre la existencia de la obligación o discutir de forma imprudente aunque no temeraria la validez del acto de constitución de la relación obligatoria.

El caso enjuiciado en la Sentencia que analizamos planteaba ciertamente dificultades en lo relativo tanto a la determinación de los posibles responsables como de las causas del siniestro, y finalmente respecto a la cuantificación de la indemnización, y ello es considerado por la Sala de Apelación para excluir la aplicación de los intereses moratorios del art. 20.4 de la LCS afirmando: “por entenderse justificada la negativa de la aseguradora demandada a aceptar la reclamación actora en los términos formulados en su demanda, habiéndose evidenciado toda una serie de circunstancias que concurren en el mismo así como la necesidad de la sustanciación del presente proceso para la exacta determinación de las concretas responsabilidades, quienes era en definitiva responsables, la indemnización que correspondía satisfacer a los demandados que fuera efectivamente condenados, acreditándose durante un largo período de tiempo reconocido que existían unas conversaciones entre todas las partes abiertas en todo momento que dio lugar a múltiples contactos para llegar a un acuerdo, y en definitiva también la realidad de los daños”.

Lo que no cabe duda es que el arquitecto finalmente declarado responsable tenía claramente esta condición desde un principio y por ello su aseguradora debió cuando menos cumplir con el importe mínimo que, hechos los cálculos oportunos, consideró resultaba debido como imputable a su asegurado en cuanto responsable. Lo que no resulta de recibo es que esas dudas, que finalmente podían redundar en el quantum indemnizatorio, sirviesen de excusa para eludir el pago mínimo que resultaba debido y que sin embargo de forma temeraria no abonó hasta el momento de contestar a la demanda.

3.- La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al resolver el Recurso de Casación casa la Sentencia de Apelación y restablece la condena a la aseguradora al pago del interés del art. 20.4.

3.1.- Análisis de las alegaciones de la parte actora recurrente.

La parte desfavorecida con la revocación de los intereses moratorios recurre en casación alegando la infracción del artículo 20 de la LCS alegando, en síntesis, que no es hasta el momento de ser emplazada la aseguradora para contestar la demanda, cuatro años después de ocurrido el siniestro cuando, tras allanarse parcialmente, procede a consignar una parte de la cantidad equivalente a un octavo de la condena.

Alega en su favor la recurrente en casación la STS de 4 de junio de 2009, RC n.º 438/2009, y las que en ella se citan, y en las que se considera que para apreciar la existencia de causa justificada que exima del pago de los intereses moratorios “es necesario examinar si fue razonable la discusión, como ocurre cuando existe incertidumbre respecto de la realidad del siniestro o sus causas, de forma que esta circunstancia influya en la indemnización o su cuantía, siempre que la discusión no se centre en el montante de la indemnización sino en si procedía o no otorgar cobertura al siniestro”.

Bajo mi modesto punto de vista, no resulta de recibo que la discusión sobre la realidad del siniestro sirva como causa de exención de los intereses moratorios por cuanto a la aseguradora le resulta exigible ex art. 18 de la LCS “satisfacer la indemnización al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo” por lo que si finalmente la sentencia considera existente el siniestro y lo cuantifica en una suma determinada lo que está haciendo no es sino declarar una realidad existente y que la aseguradora o bien no investigó y peritó adecuadamente, o simplemente lo rechazó de forma inadmisibles, por lo que deben ser merecedora de la sanción vía interés moratorio del art. 20.4, toda vez que de no resultar acreditado el siniestro o la valoración peticionada por las víctimas, la aseguradora ya resultará beneficiada con la sentencia

COMENTARIO

absolutoria de su responsabilidad o con la condena a la cantidad que realmente deba satisfacer y que le resulta exigible ofrecer en el plazo legalmente establecido. A este argumento se refiere la recurrente en casación diciendo que sobre “la necesidad del litigio para concretar la indemnización, debe tenerse en cuenta la doctrina actual de la Sala Primera respecto de la iliquidez, según la cual, el derecho que se reconoce no se constituye con la sentencia sino que esta solo reconoce un derecho preexistente, de tal forma que la mera discrepancia de las partes respecto de la indemnización, aunque la reclamada y la finalmente concedida sean dispares, no es causa que justifique el impago ni que impida por tanto la imposición de intereses de demora”.

En el caso que comentamos la aseguradora consigna un octavo de la condena al contestar la demanda y se allana parcialmente, por lo que resulta obvio que tal conducta procesal no resulta coherente con el impago prolongado en el tiempo durante cuatro años, resultando indudable su incumplimiento y el merecimiento de la condena a abonar los intereses del art. 20.4 LCS.

Pero amén de ello, considero que en todo caso de Sentencia estimatoria en la que se aprecie la responsabilidad de la aseguradora ésta debe ser merecedora de la imposición de los intereses del art. 20.4, por cuanto de no hacerlo se estaría contraviniendo el carácter declarativo de la responsabilidad y las obligaciones impuestas en el art. 18 de la LCS.

3.2.- Oposición de la aseguradora.

La aseguradora además de impugnar la admisibilidad del Recurso, por motivos que son desestimados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, alega la indeterminación de los responsables del siniestro –sin negar la responsabilidad de su asegurado– lo que se relaciona con las causas del mismo, y la indeterminación de la cuantía, alegando incluso que la aseguradora “obró con diligencia en el cumplimiento de su obligación de resarcir los daños pues fue su intención negociar la cantidad basada en el informe pericial aportado por la misma”, pretendiendo obviar que su obligación es la de indemnizar en un tiempo legalmente fijado, no la de negociar sine die; ni tampoco puede merecer consideración la alegación de falta de la fijación por parte de la víctima, pues según establece el art. 18 de la LCS a la aseguradora se le impone satisfacer la indemnización que corresponde, y que a falta de acuerdo será inicialmente la determinada por los peritos y asesores de la aseguradora, sin necesidad de esperar a reclamación alguna”.

3.3.- Consideraciones sobre la fundamentación de la Sentencia de Casación.

La Sentencia de casación parte de una interpretación restrictiva de la causa de exoneración de los intereses, que no puede entenderse sino como lógica consecuencia del carácter sancionador/disuasorio de la medida.

La Sala, sin embargo, viene a afirmar: “si el retraso viene determinado por la tramitación de un proceso, para que la oposición de la aseguradora se valore como justificada a los efectos de no imponerle intereses ha de examinarse la fundamentación de la misma, partiendo de las apreciaciones realizadas por el tribunal de instancia, al cual corresponde la fijación de los hechos probados y de las circunstancias concurrentes de naturaleza fáctica necesarias para integrar los presupuestos de la norma aplicada”.

Es importante destacar que la Sala descarta que “la mera existencia de un proceso, o el hecho de acudir al mismo, constituya causa que justifique por sí el retraso, o permita presumir la razonabilidad de la oposición”, lo que es lógico, por cuanto las aseguradoras podrían valerse de una discrepancia en la cuantificación de la deuda indemnizatoria para con ello evitar no solo el pago de la diferencia, sino el pago de cualquier cantidad, con lo que se vaciaría de contenido la norma prevista en el art. 20.4 LCS.

Y yendo un paso más allá concreta cuando se considera la existencia de causa justificada. Esto es, solo cuando existan dudas razonables sobre la realidad del siniestro o sobre su cobertura por la póliza que vincula a la aseguradora se viene a considerar que podría estimarse la existencia de causa justificada, matizando en el segundo caso que no se aprecia en los casos en que la oscuridad sobre la cobertura o no del siniestro deriva de la oscuridad de las cláusulas de la póliza, redactadas por la propia aseguradora.

Mi discrepancia radica en que si existe duda entorno a la realidad del siniestro, probada esta, y estimada la acción del perjudicado, no puede sino reputarse negligente la investigación

COMENTARIO

del siniestro por parte de la aseguradora y por ende es también merecedora de la imposición del interés del art. 20.4 LCS, pues es exigible a las aseguradoras como operadores especializados, contar con los mecanismos de investigación adecuados para la investigación de los siniestros, y en ningún caso pueden valerse por ejemplo de un error en la confección de un atestado policial, si cuentan, por ejemplo, con el parte del siniestro en el que consta la versión del asegurado, o con la posibilidad de requerirle dicha versión a la víctima o perjudicado.

Recuerdo por ejemplo el caso de un peatón de nacionalidad extranjera que circulaba en estado de ebriedad por el arcén. El atestado policial indicaba que la causa del accidente había sido la irrupción repentina del peatón en la calzada fruto de su pérdida de verticalidad. Ello no obstante, y examinado el parte de urgencias comprobamos como el peatón localizaba sus lesiones en la parte inferior de su pierna izquierda, presentando el resto de su anatomía indemne. Según la tésis policial, de haberse caído el peatón sobre el vehículo resultaría afectada su anatomía a nivel de la cadera, torso o cabeza, pero no a la altura del pie izquierdo que en la hipótesis de desvanecimiento sobre su izquierda quedaría como el más alejado de la zona de impacto.

La Sentencia firme, y no recurrida por la aseguradora, impuso el interés del artículo 20.4 de la LCS.

Ninguna duda cabe que la defensa de la aseguradora podía basarse en el atestado policial, pero también es cierto que las conclusiones de dicho atestado eran contrarias a la lógica, y era exigible a la aseguradora el examen crítico de dicho atestado.

Considero de suma relevancia el razonamiento que nos ofrece la Sala en cuanto viene a distinguir el deber de indemnizar lo que se considera la cuantía mínima y la posibilidad posterior de discutir la cuantía indemnizatoria.

Ninguna duda cabe que en los procesos con siniestros complejos -lesiones cuya sanidad se alcanza con posterioridad a los tres meses, o daños para cuya tasación se requiere unas periciales complejas como sucede en algunos daños relacionados con procesos constructivos o edificatorios- la situación de la aseguradora puede resultar de cierta complejidad, pudiendo considerarse que nos encontramos ante causa justificada para no abonar la indemnización; mas resulta que lo que la ley obliga a las aseguradoras es al pago del importe mínimo dentro de los cuarenta días desde el conocimiento del siniestro -artículo 18.1 LCS- y resulta evidente que en tales casos podrá discutirse cual sea ese mínimo, pero lo que no cabe duda es que deberá indemnizar alguna cantidad significativa en relación con la responsabilidad estimada, por lo que transcurridos tres meses sin que nada hayan entregado a la víctima, comprobada la realidad del siniestro y la existencia de cobertura, la oposición al pago debe reputarse antijurídica y por tanto sancionable con la imposición de los intereses del art. 20.4, máxime si como decimos supra, la aseguradora puede efectuar el pago a los solos efectos de evitar la imposición de los intereses y a continuación discutir en el proceso judicial la procedencia o no, en todo o en parte de la indemnización, pues como reconoce la Jurisprudencia y menciona la Sentencia de 4 de diciembre de 2012 "no merece tampoco para la doctrina la consideración de causa justificada la discrepancia en torno a la cuantía de la indemnización, cuando se ha visto favorecida por desatender la propia aseguradora su deber de emplear la mayor diligencia en la rápida tasación del daño causado, a fin de facilitar que el asegurado obtenga una pronta reparación de lo que se considere debido (SSTS de 1 de julio de 2008, RC n.º 372/2002, 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005 y 26 de octubre de 2010, RC n.º 677/2007), sin perjuicio, como se ha dicho, de que la aseguradora se defienda y de que, de prosperar su oposición, tenga derecho a la restitución de lo abonado".

Así es, si tal y como dice la Sentencia que comentamos "la deuda nace con el siniestro y el que la sentencia que la cuantifica definitivamente no tiene carácter constitutivo sino meramente declarativo de un derecho que ya existía y pertenecía al perjudicado (entre las más recientes, SSTS de 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005; 31 de enero de 2011, RC n.º 2156/2006; 1 de febrero de 2011, RC n.º 2040/2006 y 7 de noviembre de 2011; RC 1430/2008)", unido al hecho del deber de indemnizar en aras a evitar al perjudicado un mayor sacrificio derivado del sufrimiento del siniestro, en un plazo determinado; y al hecho de la posible discusión a posteriori en el proceso judicial, caso de no alcanzarse solución extrajudicial entre las partes, con posibilidad de reintegro por parte de la aseguradora, resulta que los supuestos de exoneración por "causa justificada" eximente del pago resultan residuales o testimoniales.

Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL

Reclamación de la SGAE por intromisión ilegítima al honor frente al propietario de una página web, como consecuencia de las críticas vertidas por terceros en la misma. Se considera a aquel responsable de los comentarios pero no se estima la reclamación al prevalecer en este supuesto el ejercicio de la libertad de expresión frente al derecho al honor de la demandante, al proyectarse las críticas sobre aspectos de indudable interés público

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª),
de 4 de diciembre de 2012.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.- Resumen de antecedentes .

1. La parte actora Sociedad General de Autores ejercitó acción de protección de su derecho al honor contra D. Raimundo al estimar que las declaraciones vertidas en su blog denominado «merodeando.com» en concreto el comentario realizado el 23 de abril de 2004: «Es alucinante lo de la SGAE. Chili explica muy bien en ¿porque cobra la SGAE? Cómo cobran por una cantidad increíble de conceptos. También Escolar le ha dedicado recientemente su atención en La tarta del CD, desglosando el destino final del precio de un CD. Acaba de lanzarse un Google Bombing contra la SGAE. Se trata de establecer un enlace a la página de la SGAE con el título "ladrones". Todavía no aparece la página de SGAE en las primeras páginas de la bús-

queda ladrones en Google, pero todo llegará» y recogido el 27 de marzo en el mismo blog: «Ya está en la SGAE como primer resultado en la búsqueda de ladrones en Google. Cuatro días ha tardado el Google Bombing en tener efecto» implican una vulneración de su derecho. Señala igualmente que las partes subrayadas que en esta sentencia colocamos en letra cursiva, son enlaces a otras páginas en las que se califica a la SGAE como «ladrones», y en las que se explica que hay que hacer para enlazar el término «ladrones» y SGAE. Considera igualmente que los comentarios emitidos por terceros usuarios y recogidos en el blog suponen igualmente una intromisión ilegítima y solicitó una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

2. El Juzgado de Primera estimó la demanda y declaró que: (a) se interesa por la demandante que se declare la intromisión ilegítima en su derecho al honor por las manifestaciones vertidas en la página web «merodeando.com», con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados; (b) nos encontramos ante una denuncia o ataque a lo que se denomina el honor en el ámbito profesional, afectando al prestigio de la SGAE y hemos de acudir a la valoración de la prueba practicada para determinar si nos hallamos ante un ataque tutelable o el ámbito de la crítica que no se incardina en el ámbito de protección interesado; (c) de las pruebas obrantes queda plenamente acreditada la responsabilidad del demandado en la creación de la página, en la introducción de sus contenidos y en la posibilidad técnica del control de los mismos; (d) partiendo del contenido del artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Información y de Comercio Electrónico, que no excluye la aplicación de otras normas como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, procede concluir la imputabilidad en el ámbito de la Ley 1/1982 del demandado como colaborador necesario de las manifestaciones vertidas en su blog que atentan al honor de la SGAE, pues reconoció en el acto de juicio haber censurado una opinión vertida al no estimar que se hallara de acuerdo con la línea que inspiraba el blog.

Es claro y evidente que la totalidad de las declaraciones, objeto de denuncia, no son realizadas en su integridad por el demandado, quien sí interviene contestando en ocasiones, más se corresponden con una línea argumentativa que se inicia con la información que él mismo ofrece en el blog que marca e insta a que se viertan opiniones sobre la actuación de la SGAE que sobrepasan los límites de una denuncia para derivar en manifestaciones atentatorias a su honor y dignidad, tutelables en el ámbito de la

Ley 1/1982; (e) se estima adecuada en relación a la difusión la cantidad objeto de indemnización solicitada.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación presentado por la parte demandada, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. Se fundó, en síntesis, en que: a) no procede la nulidad de actuaciones pretendida con base en el artículo 218 de la LEC, pues de la lectura de la sentencia no se evidencia que los argumentos expuestos sean insuficientes, contradictorios, irrazonables o carezcan de sentido lógico. Es más el juez determina cuáles son los contenidos que se han de retirar, que son los manifestados en el hecho segundo de la demanda por ser los que vulneran el derecho al honor y dignidad de la demandante-apelada; b) nos hallamos ante una denuncia o ataque a lo que se denomina el honor en el ámbito profesional, afectando al prestigio de la parte demandante; c) las pruebas obrantes en autos y el propio interrogatorio del demandado han dejado plenamente acreditada la responsabilidad del mismo, en la creación de la página, en la introducción de sus contenidos y en la posibilidad técnica del control de los mismos; d) procede incluir la imputabilidad en el ámbito de la Ley 1/1982 alegado por la SGAE, al demandado apelante D. Raimundo, como colaborador necesario de las manifestaciones vertidas en su blog, que atentan al honor de la SGAE. Es claro y evidente que las declaraciones objeto de denuncia no son realizadas en su integridad por el demandado, quien si interviene contestando en ocasiones. Se corresponde más con una línea argumentativa que se inicia con la información que el mismo ofrece en el blog que marca e insta a que se viertan opiniones sobre la actuación de la SGAE que sobrepasa los límites de una denuncia para derivar en manifestaciones atentatorias a su honor y dignidad tutelables en el ámbito de la Ley 1/1982. En consecuencia deben desestimarse los motivos de apelación alegados por la parte recurrente.

4. Contra esta sentencia se interponen recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por la representación procesal de D. Raimundo, admitido al amparo del artículo 477.2.1 LEC, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Improcedencia de la cuestión prejudicial formulada.

A) Solicita la parte recurrente por medio de otrosí en su escrito de recurso de casación, el planteamiento de cuestión prejudicial ante el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 234 del tratado CEE, sobre la interpretación de los artículos 14 y 15 de la Directiva Comunitaria 2000/31/CE, a fin de que se pronuncie sobre si: «¿Puede interpretarse el artículo 15 de la Directiva Comunitaria 2000/31/CE, en el sentido de que permite excluir a los autores de páginas en las que se permita la inclusión de comentarios por terceros, la prohibición del deber supervisar los contenidos aportados por dichos terceros y si tal circunstancia sirve para imputarle la responsabilidad conforme a una ley especial que regula la protección del honor, la intimidad o la propia imagen, o, por el contrario, la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 prevalece sobre cualquier ley especial?». Y «¿puede interpretarse el artículo 14 de la Directiva Comunitaria 2000/31/CE, en el sentido de que permite hacer civilmente responsable al prestador de servicios de la sociedad de información, por los datos ilícitos que aloja, si tiene la posibilidad técnica de controlar y supervisar esos datos y tal circunstancia sirve para imputarle la responsabilidad conforme a una ley especial que regula la protección del honor, intimidad o propia imagen, o, por el contrario, la exención de responsabilidad prevista en el artículo 14 prevalece sobre cualquier ley especial?».

B) La propuesta de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), es improcedente, porque como ha declarado esta Sala, entre otras, en STS de 22 de junio de 2006, las cuestiones prejudiciales propuestas al TS por las partes solamente deberán ser planteadas ante el TJUE cuando sean pertinentes y no puedan ser resueltas por el TS por no tener carácter manifiesto la aplicación de la norma europea y existir dudas acerca de su aplicación. En el presente caso no concurren los requisitos para el planteamiento, a tenor de lo dispuesto en el artículo 267 del TFUE, en relación con la doctrina que esta Sala tiene sentada sobre el problema planteado, recogida en las SSTS 7 de 10 de febrero de 2011 RC n.º 72/2011, 18 de mayo de 2010 RC n.º 1873/2007 y 9 de diciembre de 2009, RC n.º 914/2006.

En efecto, no existe duda alguna sobre la compatibilidad entre la Directiva 200/31/CE sobre comercio electrónico, que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, y la Ley de Protección del honor, la intimidad y la propia imagen, habida cuenta de que, como se desprende de las sentencias citadas, esta Sala

no abriga la menor duda de que solo cuando se cumplen los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad del prestador de servicios puede imponérsele la obligación de indemnizar a las personas lesionadas en su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen.

Resulta, pues, evidente que los requisitos para exigir responsabilidad a los prestadores de servicios, que se establecen en los artículos 14 y 15 de la Ley por transposición de los artículos 14 y 15 de la Directiva, deben cumplirse para que pueda considerarse al prestador de servicios demandado como responsable de una lesión al derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen de otra persona cometida por medios electrónicos.

I. Recurso extraordinario por infracción procesal

TERCERO.- Enunciación del motivo único.

El motivo único se introduce con la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 469.1.2.º de la LEC, por infracción del contenido del artículo 218 de la LEC». Estima la parte recurrente que la sentencia dictada incurre en una manifiesta incongruencia puesto que se ha producido una omisión o falta total de respuesta a las cuestiones planteadas a través del recurso de apelación, por lo que la sentencia adolece de una falta de motivación generadora de indefensión y contraria al artículo 24 de nuestra Constitución.

Estima la parte recurrente que en la sentencia recurrida no existe ningún razonamiento que ponga de manifiesto qué expresiones concretas atentan contra el honor de la SGAE y el eventual alcance de las mismas ni en qué medida se ha visto afectado este honor que se estima conculcado.

El motivo debe ser estimado.

CUARTO.- Congruencia y motivación de la sentencia.

A) Según constante jurisprudencia de esta Sala, recogida, entre otras, en SSTS de 23 de marzo de 2011, RCIP n.º 2311/2006; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1315/2005; 29 de septiembre de 2010, RC n.º 594/2006; 2 de diciembre de 2009, RC 407/2006; 2 de noviembre de 2009, RC n.º 1677/2005; y 22 de enero de 2007, RC n.º 2714/1999; el principio de la congruencia proclamado en el artículo 218.1 LEC (que, en su modalidad llamada omisiva, tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculca-

ción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE) exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada que sea procedente.

La congruencia, que no cabe confundir con la falta de motivación –en la medida que el requisito de motivación de las sentencias no está comprendido en el apartado 1 del artículo 218 referido a la congruencia, sino en el apartado 2 (SSTS de 15 de junio de 2009, RC n.º 545/2004; de 26 de marzo de 2008, RC n.º 293/2001; de 6 de mayo de 2008, RC n.º 1589/2001), ni con la disconformidad de la parte recurrente con la fundamentación jurídica del fallo (SSTS 18 de octubre de 2006 y 17 de noviembre de 2006, ambas citadas en la STS de 13 de diciembre de 2007, RC n.º 4574/2000)–, consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas –teniendo en cuenta el petitum [petición] y la causa petendi [causa de pedir]– en los escritos de demanda y contestación –no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos– que constituyen su objeto, dándose la congruencia allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, sin que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida, sino más bien racional y flexible, por ser finalidad, antes del artículo 359 LEC 1881, y hoy del 218 LEC 2000, la de asegurar que todos los asuntos sometidos a la decisión judicial alcancen adecuada solución, poniéndose así fin al litigio y evitando que queden sin resolver cuestiones que pudieran ser objeto de una nueva pretensión.

Lo dicho supone que, para determinar si una sentencia es incongruente, se ha de acudir al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras. En particular, es doctrina jurisprudencial que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita y así lo ha venido señalando esta Sala, tanto al amparo del artículo 359 LEC 188, como al de la LEC vigente en la actualidad, de forma que la respuesta judicial solo es incongruente por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando

Merodeando
www.merodeando.com

Portada Archivos

¡Hemos ganado! El Supremo
Viernes, 21 de diciembre de 2012 a las 23:06

El 23 de abril de 2004, hace ahora casi... el 20 de febrero de 2007, la SGAE me e... amenaza y me demandaron. Fulmos a J...
Recurrimos en casación al Tribunal Sup... comunicar que el Tribunal Supremo h... infracción procesal, casa la sentencia d... "sin valor ni efecto alguno") y estima e... Instancia desestimando la demanda de...
Aunque seguro que habrá análisis jurídi... sentencia del Tribunal Supremo dice lo...
1. Comparte con nosotros, y con el... había motivado suficientemente... honor de la SGAE, lo cual causa...
2. Procede a dictar nueva sentenci... de información y la libertad de e... caracter público de la sociedad... abiertos contra responsables de...
Hay dos párrafos de la sentencia especi...
Por tanto esta Sala considera qu... resultar literal y aisladamente i... con la información difundida y c... a la actividad desarrollada por u... prevalencia del ejercicio de la l... del demandante.
En conclusión, de conformidad... las críticas controvertidas sobre... recogidas por diversos medios d... procedimientos abiertos contra... fondo de realidad que debe con... en el presente caso deba preval...

«no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución» (STS de 1 de abril de 2008, RC n.º 222/2001 y de 29 de septiembre de 2010, RC n.º 594/2006). También se ha declarado que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito (SSTS de 18 de marzo de 2010, RC n.º 1816/2008, con cita de las de 7 de febrero de 2006 y 20 de mayo 2009, entre muchas más).

En cuanto al deber de motivación, constituye doctrina de esta Sala, siguiendo la jurisprudencia del TC (SSTS de 27 de junio de 2011, RCIP n.º 633/2009; 30 de junio de 2011, RCIP n.º 16/2008



y 26 de mayo de 2011, RCIP n.º 435/2006, entre las más recientes) que la exigencia constitucional de motivación no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate (STC de 25 de junio de 1992), al margen de que pueda ser sea escueta y concisa, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución.

Aunque ha declarado esta Sala que la denuncia de vulneración del artículo 218.2 LEC ,

sobre el requisito de motivación de las sentencias, no es precepto adecuado para sustentar la revisión de la valoración probatoria (SSTS de 15 junio 2009, RC n.º 1623/2004; 2 julio 2009 RC n.º 767/2005; 30 septiembre 2009, RC n.º 636/2005 y 6 de noviembre de 2009, RC n.º 1051/2005) constituye doctrina jurisprudencial que sí resulta posible por ese cauce denunciar una falta de motivación de la valoración probatoria, o una mera apariencia de motivación que la vicie de arbitrariedad (STS de 8 de julio de 2009, RC n.º 693/2005).

B) En aplicación de la doctrina expuesta, no puede sostenerse que la sentencia recurrida resulte incongruente pero sí debe prosperar la denuncia referida a su insuficiente o inadecuada motivación.

A la primera conclusión, contraria a la incongruencia, se llega valorando que la sentencia, desestimatoria del recurso, al declarar la vulneración en el derecho al honor del demandante lo hace sobre la base de la responsabilidad del demandado por la creación de la página, la introducción de sus contenidos y la posibilidad técnica del control de los mismos. De ahí que no pueda tacharse de incongruente, toda vez que da respuesta a las cuestiones suscitadas.

Lo anterior no excluye la posibilidad de apreciar en dicha respuesta una motivación insuficiente. En efecto, la argumentación utilizada por la Audiencia Provincial en su sentencia para declarar la responsabilidad del demandado resulta excesivamente genérica y no permite conocer ni cual es la base fáctica de la que parte la AP para determinar la responsabilidad, ni en qué medida las declaraciones vertidas en la página web del demandado constituyen una vulneración ilícita del derecho al honor de la parte demandante. De su razonamiento, no puede extraerse cuáles son los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan esa conclusión, pues como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en la sentencia recurrida no constan los contenidos que fundamentan la condena, ni debate sobre en qué forma esos contenidos afectan al honor de la SGAE, con lo que la sentencia queda incompleta y efectivamente existe una falta de motivación de su contenido, lo que tiene adecuado encaje en el defecto procesal de la falta de motivación, aun cuando quede reservado al recurso de casación verificar, como cuestión sustantiva que es, si los contenidos recogidos en la página web cuestionada constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la parte demandante y en qué medida el demandado resulta responsable de los contenidos.

QUINTO.- Estimación del recurso.

Al encontrarse fundado el motivo formulado se estima íntegramente el recurso. De conformidad con lo dispuesto en la DF decimosexta 7.ª LEC, por considerarse vulnerado el artículo 24 CE, procede dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo alegado como fundamento del recurso de casación.

II. Recurso de casación.

SEXTO.- Nueva sentencia resolviendo sobre el fondo del asunto teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación. Alegaciones del recurso de casación.

El recurso de casación se estructura en un motivo único que se introduce bajo la siguiente fórmula: «Al amparo del artículo 477.2.1.º de la LEC por infracción del artículo 16 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, los artículos 14 y 15 de la Directiva de comercio electrónico de la que trae causa, así como los artículos 18 y 20 de la Constitución Española».

El motivo se funda, en síntesis, en que según el recurrente la resolución recurrida no determina qué expresiones concretas atentan al honor ni en qué medida. Y partiendo de que resulta de aplicación la LSSICE y admitiendo como hipótesis que los comentarios efectuados por terceros suponen un grave atentado al honor de la demandante, habría que determinar si el recurrente no ha actuado de una forma diligente hasta el punto de hacerle responsable de las eventuales infracciones cometidas por terceras personas. Estima la parte que la Audiencia Provincial en su sentencia infringe lo dispuesto en la Ley y en la Directiva alegadas, al responsabilizar al demandado, mero intermediario en la transmisión de contenidos publicados autónomamente por terceros ajenos al titular de la página, en contra de lo dispuesto en el artículo 15 de la citada Ley en cuanto a la inexistencia de una obligación general de supervisión, infringiendo así mismo la libertad de expresión e información proclamada en el artículo 20 de la CE.

SÉPTIMO.- Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de información.

A) Dos son las cuestiones que se plantean en el motivo único del recurso de casación: determinar la eventual responsabilidad del demandado en relación con los contenidos alojados en

su página web y en segundo lugar determinar si dichos contenidos suponen una vulneración del derecho al honor de la entidad demandante.

B) En relación a la primera cuestión suscitada, con el propósito de poner fin a las divergencias normativas y jurisprudenciales existentes entre los Estados miembros sobre la materia, la Directiva 2000/31/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, reguló –en la sección cuarta de su capítulo segundo– el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios que actúan como intermediarios de la sociedad de la información.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, al incorporar al Ordenamiento jurídico español la Directiva, dispone –en el artículo 13, apartado 2– que, para determinar la responsabilidad de los prestadores de servicios por el ejercicio de actividades de intermediación, “se estará a lo establecido en los artículos siguientes”, entre ellos, el 16 y 17 que, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda –condición que es la del demandado– proclama que los mismos no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario y la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización o, si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Esta Sala en sentencias de 9 de diciembre de 2009, 18 de mayo de 2010 y 10 de febrero de 2011 se ha pronunciado sobre la interpretación de ese artículo 16 conforme a la Directiva 2000/31/CE, en lo referente al conocimiento efectivo, a cuya ausencia se condiciona, en uno de los supuestos, la liberación de responsabilidad de la prestadora de servicios de alojamiento por la información almacenada a petición del destinatario de aquellos.

Declara a este respecto la parte recurrente que no procede responsabilizar al demandado, mero intermediario en la transmisión de los contenidos publicados autónomamente por terceros ajenos al titular de la página. Sin embargo como ya se indicó en la sentencia de 9 de diciembre de 2009, no es conforme a la Directiva –cuyo objetivo es, al respecto, armonizar los regímenes de exención de responsabilidad de

los prestadores de servicios- una interpretación del apartado 1 del artículo 16 de la Ley 34/2002 como la propuesta por la recurrente, ya que reduce injustificadamente las posibilidades de obtención del "conocimiento efectivo" de la ilicitud de los contenidos almacenados y amplía correlativamente el ámbito de la exención, en relación con los términos de la norma armonizadora, que exige un efectivo conocimiento, pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo.

Además de que el propio artículo 16 permite esa interpretación favorable a la Directiva -al dejar a salvo la posibilidad de "otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse"-, no cabe prescindir de que la misma atribuye igual valor que al "conocimiento efectivo" a aquel que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate. En consecuencia de conformidad con la doctrina expuesta, en cumplimiento de la carga prevista en la letra b) del artículo 16 y 17 de la Ley 34/2002, el recurrente puede ser responsable por el contenido de las otras páginas webs de las que facilitó el enlace, pues en su propia página se indica como acceder a otras en las que se proporciona una información explícita sobre la actividad comercial desempeñada por la SGAE y la condición de "ladrones" atribuida. Responsabilidad que será analizada, en su caso, desde la perspectiva de la posible vulneración del derecho al honor, pues la palabra "ladrones" puede ser utilizada en el lenguaje coloquial para referirse a la exacción de prestaciones, que, aunque legales, se consideran ilegítimas por lo que tal expresión no puede ser necesariamente considerada como expresiva de una conducta delictiva. De igual forma como titular de la página web, tenía capacidad de disposición sobre los contenidos incorporados a dicha página por diferentes usuarios de Internet.

OCTAVO.- Libertad de expresión e información y derecho al honor.

A) (i) El artículo 20.1. a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE recono-

ce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 C, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como esta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3). Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (STC 107/1988, de 8 de junio, 105/1990 y 172/1990).

(ii) El artículo 7.7 LPDH define el derecho al honor en un sentido negativo, desde el punto de vista de considerar que hay intromisión por la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Doctrinalmente se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 16 de febrero de 2010 y 1 de junio de 2010) «...es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción -inmanencia- como en un aspecto externo de valoración social -trascendencia-, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la minusvaloración actual de tal derecho de la personalidad».

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4, 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5 y 51/2008, de 14 de abril, FJ 3) el honor constituye un «concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento». Este Tribunal ha definido su contenido afirmando que este dere-

cho protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 7).

(iii) El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho al honor por las libertades de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC n.º 2582/2002, 5 de febrero de 2009, RC n.º 129/2005, 19 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006, 4 de junio de 2009, RC n.º 2145/2005, 25 de octubre de 2010, RC n.º 88/2008, 15 de noviembre de 2010, RC n.º 194/2008 y 22 de noviembre de 2010, RC n.º 1009/2008).

B) La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación (i) debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006); (ii) debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde esta perspectiva, (i) por una parte, la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pú-

blica o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública; por otra parte, según la jurisprudencia que antes se ha citado, tratándose del prestigio profesional debe examinarse si el ataque reviste un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una transgresión del derecho; (ii) la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). El requisito de la veracidad no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, de 30 de marzo, 232/1992, de 14 de diciembre, 240/1992, de 21 de diciembre, 15/1993, de 18 de enero, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo, 6/1996, de 16 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre, 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6); (iii) la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

En relación con ese último punto, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad

de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

NOVENO.- Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de las premisas expuestas al caso examinado fundamenta las siguientes argumentaciones:

A) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre información y expresión y examinar si de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor, de la parte demandante.

Se advierte, en suma, la existencia de un conflicto entre el derecho al honor del recurrente y los derechos a la libertad de información y de expresión del recurrido.

B) Desde el punto de vista abstracto, dado que estamos en presencia del ejercicio de la libertad de expresión e información, (i) debe partirse de la prevalencia de estos derechos frente al derecho al honor del demandante y (ii) no es suficiente para considerar que se ha lesionado el derecho al honor que las expresiones utilizadas en relación al demandante tiendan a menoscabar su reputación, ni siquiera que puedan resultar desabridas, sino que es menester aplicar la técnica de la ponderación para inferir si, atendidas las circunstancias del caso, la colisión con el derecho al honor del demandante puede invertir la posición prevalente que las libertades de información y de expresión ostentan en abstracto en una sociedad democrática.

C) Para la ponderación del peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión debe advertirse en el caso enjuiciado que: (i) la crítica se proyecta sobre aspectos de indudable interés público, al recaer sobre

una sociedad privada española, reconocida legalmente, como de gestión colectiva de los derechos de autor de sus socios, que gestiona el cobro y la distribución de los derechos de autor y respecto a la cual, a la fecha de emisión de las expresiones controvertidas, eran numerosos las publicaciones editoriales que reflejaban el malestar social que generaba el cobro de un canon por copia para uso privado y que desembocó en diferentes Google bombs a los que se hace referencia en la página web del presente procedimiento. El carácter público de una actividad no está solo en relación con su carácter político, sino que, puede derivar también de la relevancia o interés para los ciudadanos de una actividad con carácter general por su naturaleza o su trascendencia económica o social, o con carácter particular por su relación con acontecimientos concretos, entre otras circunstancias. Estas circunstancias concurren en el caso examinado. Desde este punto de vista, por consiguiente, el peso de la libertad de información y de expresión frente al derecho al honor es en el caso examinado de una importancia muy elevada.

(ii) El requisito de la veracidad no parece en el caso examinado relevante para el resultado de la ponderación que debe efectuarse, puesto que las críticas efectuadas a la SGAE se refieren todas ellas, de manera directa o indirecta, a determinados hechos sobre la administración y obtención de recursos de la sociedad y a la disconformidad con el cobro de cánones por diferentes actividades. Por tanto las expresiones utilizadas deben calibrarse principalmente en torno al alcance de la libertad de expresión y que resulta de menor relevancia el requisito de la veracidad de las informaciones que al hilo de la crítica formulada pueden entenderse transmitidas

(iii) Las expresiones utilizadas son de cierta gravedad, pero este factor no es suficiente en el caso examinado para invertir el carácter prevalente que la libertad de expresión ostenta. Las expresiones que resalta la demanda están en relación directa o indirecta con los hechos denunciados y se producen en una situación de conflicto, con trascendencia pública, de tal manera que la valoración jurídica no puede hacerse al margen del contexto social en que se produce, destacando que los términos empleados y recogido en la página web controvertida, coinciden con la críticas sociales que en ese momento existían en relación al comportamiento mercantil de la entidad demandante, como confirman los documentos de 1 a 8 del escrito de contestación, donde diversos medios informativos reco-

gen en idéntico o más elevado grado de acritud el malestar social que ocasiona la actividad desarrollada por la entidad gestora, lo que obliga a valorar las expresiones utilizadas en el contexto lingüístico y social en que se producen.

En este sentido examinadas las actuaciones en el documento n.º 5 del escrito de demanda bajo el título «¿Porque cobra la SGAE?», se informa sobre por qué conceptos cobra la entidad demandante y se manifiesta la disconformidad y malestar que genera dichos cobros, al que se acompañan los comentarios vertidos por diferentes usuarios que de forma crítica comentan situaciones particulares que a este respecto han experimentado. Lo mismo es predicable de los documentos n.º 6 a 9 del escrito de demanda, que tienen un contenido y estructura casi idéntico.

Por tanto esta Sala considera que los términos empleados pudieran resultar literal y aisladamente inadecuados, pero al ser puestos en relación con la información difundida y con el contexto en el que se producen, de crítica a la actividad desarrollada por una entidad, hacen que proceda declarar la prevalencia del ejercicio de la libertad de expresión frente el derecho al honor del demandante.

En conclusión, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, las críticas controvertidas sobre el modo de actuar de la SGAE, fueron recogidas por diversos medios de comunicación, y existen en la actualidad procedimientos abiertos contra directivos de la entidad por lo que tenían un fondo de realidad que debe conocer la opinión pública, es lo que hace que en el presente caso deba prevalecer el derecho fundamental a la libertad expresión.

En consecuencia, ha de estimarse que la ponderación de los derechos fundamentales realizada por la Audiencia Provincial no ha sido correcta, apreciándose la infracción alegada en el motivo único del recurso de casación.

DÉCIMO.- Costas.

De acuerdo con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, al estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal y no examinarse el de casación, no procede hacer expresa condena en cuanto a las costas causadas en ambos recursos.

Sobre las costas de la apelación debe decidirse aplicando el régimen establecido en el artículo 398 LEC Por lo expuesto, en nombre del

Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Raimundo, contra la sentencia de 31 de marzo de 2011 dictada por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el rollo de apelación n.º 335/2009, cuyo fallo dice: «Fallamos». Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Raimundo contra la sentencia dictada en fecha 24 de junio de 2008 por el Juzgado de Primera Instancia número 55 de los de Madrid en los autos de juicio ordinario seguidos al número 743/07 de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con imposición de las costas causadas en la presente alzada a la parte apelante».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, sin reposición de actuaciones, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Raimundo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 55 de Madrid, de 24 de junio de 2008, la revocamos, y en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por la representación procesal de la Sociedad General de Autores contra D. Raimundo, imponiendo al demandante las costas derivadas de la misma.

4. No ha lugar a pronunciarse sobre el recurso de casación.

5. No ha lugar a la imposición de las costas del recurso de casación ni del recurso extraordinario por infracción procesal.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Ríos. Francisco Marín Castán. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Román García Varela. Xavier O'Callaghan Muñoz. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El Tribunal Supremo resuelve sobre la demanda de protección de derecho al honor interpuesta por la SGAE frente a R. por los comentarios publicados en su página web, solicitando una indemnización de 9.000 euros. por los daños y perjuicios causados.

Como cuestión previa, se solicita el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 234 del Tratado CEE, sobre la interpretación de los artículos 14 y 15 de la Directiva Comunitaria 2000/31/CE. Acordándose por el Tribunal Supremo su impro-

cedencia toda vez que es necesario que sea pertinente y no pueda ser resuelta por el TS por no tener carácter manifiesto la aplicación de la norma europea y existir dudas acerca de su aplicación; y, en el presente caso, no existe duda alguna sobre la compatibilidad entre la Directiva 200/31/CE sobre comercio electrónico, que ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento interno mediante Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y la Ley de Protección del honor, la intimidad y la propia imagen. Toda vez que no cabe la menor duda de que sólo cuando se cumplen los requisitos exigidos para determinar la responsabilidad del prestador de servicios puede imponérsele la obligación de indemnizar a las personas lesionadas en su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen.

Por la parte recurrente se interpone recurso extraordinario por infracción procesal por manifiesta incongruencia por omisión o falta total de respuesta a las cuestiones planteadas a través del recurso de apelación y recurso de casación por el fondo de la cuestión.

Al resolver sobre el recurso extraordinario por infracción procesal, la Sala 1ª: recuerda la constante Jurisprudencia que establece que el principio de la congruencia proclamado en el artículo 218.1 LEC exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente motivada que sea procedente. Consistiendo la congruencia en la necesaria conformidad que ha de existir entre el fallo de la sentencia y las pretensiones deducidas -teniendo en cuenta el petitum y la causa petendi- en los escritos de demanda y contestación, sin que deba responder a una conformidad literal y rígida sino más bien racional y flexible. Sin que se quepa confundir la congruencia con la falta de motivación (apartado 2 del citado artículo) ni con la disconformidad de la parte recurrente con la fundamentación jurídica del fallo.

Por lo que, para determinar si una sentencia es congruente, se ha de acudir al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo. No existiendo incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución.

Se solicita el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al amparo de lo dispuesto en el artículo 234 del Tratado CEE, sobre la interpretación de los artículos 14 y 15 de la Directiva Comunitaria 2000/31/CE. Acordándose por el Tribunal Supremo su improcedencia toda vez que es necesario que sea pertinente y no pueda ser resuelta por el TS por no tener carácter manifiesto la aplicación de la norma europea y existir dudas acerca de su aplicación

COMENTARIO

En cuanto al deber de motivación, la exigencia constitucional no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en Derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate.

En el supuesto estudiado, no puede sostenerse que la sentencia recurrida resulte incongruente pero sí debe prosperar la denuncia referida a su insuficiente o inadecuada motivación. A la primera conclusión se llega al declarar la vulneración en el derecho al honor en base a la responsabilidad del demandado por la creación de la página web, la introducción de sus contenidos y la posibilidad técnica del control de los mismos; de manera, que no puede tacharse la sentencia de incongruente, toda vez que da respuesta a las cuestiones suscitadas. Y a la segunda, al resultar excesivamente genérica y no permitir conocer cual es la base fáctica de la que parte la AP para determinar la responsabilidad ni en qué medida las declaraciones vertidas en la página web del demandado constituyen una vulneración ilícita del derecho al honor de la parte demandante, puesto que se limita a citar: “los contenidos denunciados en el hecho segundo de la demanda, en concreto los post. Reseñados con los números 6, 14, 29, ..., 136”, no constando los contenidos que fundamentan la condena, ni debate en qué forma esos contenidos afectan al honor de la actora. Por lo que, se estima íntegramente el recurso, procediendo, en consecuencia, dictar nueva sentencia, lo cual se lleva a cabo por el propio TS, resolviendo sobre el fondo del asunto teniendo en cuenta lo alegado en el recurso de casación.

Entrando al fondo del asunto, dos son las cuestiones que se plantean:

1ª.- Determinar la eventual responsabilidad del demandado, como prestador de servicios que actúa como intermediario de la sociedad de la información, en relación con los contenidos alojados en su página web; y, 2ª.- Determinar si dichos contenidos suponen una vulneración del derecho al honor de la demandante.

Con relación al primero, el artículo 16 y 17 de la Ley 34/2.002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en relación con los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos y que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, proclama que los mismos no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario y la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita o lesiona bienes o derechos de un tercero susceptible de indemnización o, si es que lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible

No puede sostenerse que la sentencia recurrida resulte incongruente pero sí debe prosperar la denuncia referida a su insuficiente o inadecuada motivación. A la primera conclusión se llega al declarar la vulneración en el derecho al honor en base a la responsabilidad del demandado por la creación de la página web, la introducción de sus contenidos y la posibilidad técnica del control de los mismos; de manera, que no puede tacharse la sentencia de incongruente, toda vez que da respuesta a las cuestiones suscitadas. Y a la segunda, al resultar excesivamente genérica y no permitir conocer cual es la base fáctica de la que parte la AP para determinar la responsabilidad ni en qué medida las declaraciones vertidas en la página web del demandado constituyen una vulneración ilícita del derecho al honor de la parte demandante

el acceso a ellos. La cuestión es qué ha de entenderse como “conocimiento efectivo”, no pudiendo admitirse una interpretación amplia, como la que pretende el recurrente, debiendo entenderse como un efectivo conocimiento pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Atribuyéndose, por el citado artículo 16, igual valor al “conocimiento efectivo” a aquél que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate. En consecuencia, el recurrente puede ser responsable por el contenido de las

otras páginas webs de las que facilitó el enlace, pues en su propia página se indica cómo acceder a otras en las que se proporciona una información explícita sobre la actividad comercial desempeñada por la SGAE y la condición de “ladrones” atribuida. Debiendo indicar, así mismo, que como titular de la página web, tenía capacidad de disposición sobre los contenidos incorporados a dicha página por diferentes usuarios de internet.

Pasando a analizar, en consecuencia, la responsabilidad desde la perspectiva de la posible vulneración del derecho al honor. Encontrándonos ante el conflicto existente entre los derechos fundamentales al honor del recurrente y a la libertad de información y de expresión del recurrido, los cuales gozan de igual grado de protección por la CE.

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho al honor por las libertades de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

La técnica de la ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión y, en segundo término, el término relativo de los mismos.

Con relación al conflicto que nos ocupa, desde el punto de vista abstracto, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático. Entrando a valorarlo desde la perspectiva del peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión, la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, debiendo examinarse si el ataque reviste un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una transgresión del derecho. Para que pueda prevalecer la libertad de

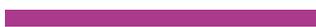
El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La limitación del derecho al honor por las libertades de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso

COMENTARIO

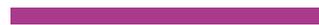
información sobre el derecho al honor, la información ha de cumplir el requisito de veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Debiendo prevalecer el derecho al honor frente a la libertad de expresión cuando se empleen frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto. La jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables.

Y esto es lo que ocurre, a juicio de la Sala, en el caso enjuiciado, en los que la crítica se proyecta sobre aspectos de indudable interés público, al recaer sobre una sociedad privada española, reconocida legalmente como de gestión colectiva de los derechos de autor de sus socios, que gestiona el cobro y la distribución de los derechos de autor y respecto a la cual, a la fecha de emisión de las expresiones controvertidas, eran numerosas las publicaciones editoriales que reflejaban el malestar social que generaba el cobro de un canon por copia para uso privado y que desembocó en diferentes Google bombs a los que se hace referencia en la página web del caso enjuiciado. No siendo relevante, en este caso, el requisito de la veracidad al calibrarse las expresiones utilizadas principalmente en torno al alcance de la libertad de expresión y tratarse sobre la administración y obtención de recursos de la sociedad y a la disconformidad con el cobro de cánones por diferentes actividades. Y, por último, aunque las expresiones utilizadas sean de cierta gravedad, no es suficiente para invertir el carácter prevalente que la libertad de expresión ostenta toda vez que las expresiones que resalta la demandada están en relación directa o indirecta con los hechos denunciados y se producen en una situación de conflicto, con trascendencia pública, de tal manera que la valoración jurídica no puede hacerse al margen del contexto social en que se produce, coincidiendo los términos empleados y recogidos en la página web con las críticas sociales que en ese momento existían en relación al comportamiento de la entidad demandante, lo que obliga a valorar las expresiones utilizadas en el contexto lingüístico y social en que se producen.

Por tanto, la Sala considera que los términos empleados pudieran resultar literal y aisladamente inadecuados, pero al ser puestos en relación con la información difundida y con el contexto en que se producen, de crítica a la actividad desarrollada por la entidad, hacen que proceda declarar la prevalencia del ejercicio de la libertad de expresión frente el derecho al honor del demandante.



A juicio de la Sala, en el caso enjuiciado, en los que la crítica se proyecta sobre aspectos de indudable interés público, al recaer sobre una sociedad privada española, reconocida legalmente como de gestión colectiva de los derechos de autor de sus socios, que gestiona el cobro y la distribución de los derechos de autor y respecto a la cual, a la fecha de emisión de las expresiones controvertidas, eran numerosas las publicaciones editoriales que reflejaban el malestar social que generaba el cobro de un canon por copia para uso privado y que desembocó en diferentes Google bombs a los que se hace referencia en la página web del caso enjuiciado



perlas cultivadas

por José María Hernández-Carrillo Fuentes



En orden a la imposición del pago de las costas de letrado y procurador del denunciante, en un Juicio de Faltas el auto nº 759/12, de 16 de noviembre, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada define la no inclusión de las mismas cuando no se expresa como causa de justificación la complejidad del juicio:

“TERCERO.- En los fundamentos jurídicos de la sentencia no se contiene alusión a la complejidad del juicio como causa de justificación de la imposición de las costas de letrado y procurador en un caso como el presente, que ha sido tramitado en todo momento como juicio de faltas. A falta de dicha especificación,

ca motivación, y dado que no es preceptiva la intervención de letrado y procurador en el procedimiento de faltas, la condena en costas no implica la inclusión entre las mismas de los honorarios y derechos de letrado y procurador. La resolución de archivar la ejecutoria debe ser por tanto mantenida”.

La sentencia nº 238/10, de 19 de abril, de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Sevilla se hace eco con maestría del conocido “síndrome del cuponazo cervical”, al par que exorciza la preponderancia del dato de la velocidad en su exclusiva causación:



“Ciertamente, las dificultades de diagnóstico y valoración que presenta el denominado síndrome de latigazo cervical, la variedad de lesiones anatómicas que pueden cobijarse bajo esa categoría nosológica, la gran dispersión que presentan su duración y consecuencias, la acusada subjetividad de su sintomatología y la incidencia de la cobertura aseguradora son otros tantos factores que en su conjunto han determinado que esta patología arrastre una acosa merecida mala fama, que lleva a no pocos profesionales de las distintas disciplinas forenses implicadas a abrigar la sospecha, más o menos genérica o basada en anécdotas, de que la persona afectada puede exagerar, cuando no simular, sus padecimientos, con el fin de obtener una mayor indemnización, en la picaresca que ha venido denominarse en esos ám-

bitos forenses como “síndrome del cuponazo cervical”.

Ahora bien: que una patología determinada se preste mejor que otras o maniobras conscientes o inconscientes del afectado motivadas por la reclamación de compensaciones económicas es un dato previo de carácter general que, en cuanto tal, no puede resolver de antemano cada caso concreto ni, por ende, autoriza o abdicar de la función judicial de valoración de la prueba en cada supuesto individual, sustituyéndola por tópicos propios de charlas de café, ni a prescindir sin más del resultado de las pruebas practicadas, como hace en este caso la sentencia impugnada, con una redacción tan desabrida que transparenta el prejuicio que lo inspira y tan apresurada que da lugar a errores evidentes y de bulto, como el de atribuir a la vía en que tuvo

lugar el accidente unas características por completo diferentes de las que en realidad presenta (se trata de una vía de salida de la ciudad), seguramente por confusión con otro punto urbano de nombre similar.

A justificar las duras palabras que preceden irán destinadas las que siguen a continuación...

De muy poco sirve, así, subrayar la escasa velocidad relativa de la colisión si se prescinde de conjugar ese dato con otras variables, como la mayor o menor deformación experimentada por las estructuras del vehículo alcanzado, la circunstancia de que el mismo se encontrara en el momento del impacto con el freno accionado o no, el diseño y colocación más o menos adecuado del reposacabezas, el estado previo de la lesionada y sus relativas peculiaridades anatómicas y fisiológicas, e incluso la postura en que tenía la cabeza en el momento de recibir el impacto. Todos estos factores influyen de manera relevante en la importancia del resultado lesivo, al incidir en la cantidad de energía transmitida efectivamente al cuerpo de la lesionada (los dos primeros), en la reducción de la hiperextensión cervical que constituye el latigazo propiamente dicho (el tercero) y en el daño de las estructuras internas producido por esa hiperextensión (los dos últimos); pudiendo señalarse, aunque parezca anecdótico, que los estudios estadísticos encuentran una correlación entre lo mayor gravedad del síndrome y la circunstancia de que la persona afectada tuviera la cabeza rotada en el momento del impacto. Sin hacer la menor referencia a esos otros elementos, la simple suposición de una velocidad reducida de colisión no permite aventurar la mayor o menor gravedad relativa del síndrome”.

Curioso pronunciamiento -muestra de que no todo es admisible en Derecho- es el que transcribimos de la Sentencia nº 310/2012, de 11 de mayo, de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada:

“QUINTO.- Lo Que no podemos aceptar pese a no haber sido combatido en el recurso es el pronunciamiento del fallo por el cual el Juzgado, anticipándose al eventual incumplimiento por el condenado de la responsabilidad ovil impuesta en sentencia, ordena en ejecución de la misma una especie de seguimiento indefinido e indiscriminado por la Policía de las actividades del Sr. Guillermo, incluidas las que afectan a su vida privada, costumbres y relaciones íntimas con terceras personas, que recordando a viejos tiempos preconstitucionales hoy felizmente superados carece en nuestra legislación de cualquier base normativa, como



no puede ser desde luego la Que suministran los art. 590 y 591 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los Que se refiere para justificarlo en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, sin perjuicio de su aplicación estricta, limitada a la investigación judicial de las fuentes de Ingresos del ejecu-

tado si éste no cumpliera voluntariamente y no constaran bienes suficientes para cubrir el importe de lo ejecución, para ese eventualidad si efectivamente se presentara en la Ejecutoria, por lo que el pronunciamiento habrá de ser eliminado de "obiter dicta" por esta Sala".

Es extraordinario el alcance de la doctrina desprendida de la sentencia N° 167/2002, de 18 de septiembre del Tribunal Constitucional, que exige la intermediación en el Tribunal de Segunda Instancia para la revocación de una sentencia penal absolutoria en base a pruebas de percepción personal, y en ello profundiza la sentencia nº 205/12, de 12 de abril de la Sección 4ª, de la Audiencia Provincial de Sevilla:



“Conviene solamente añadir que no puede pretender la acusación particular soslayar la exigencia de intermediación

en lo alzado acudiendo a un informe, elaborado sobre la base de información unilateral de la interesada y firma-

do por una asesora jurídica y una trabajadora social, que afirma la credibilidad del relato de la denunciante sobre la situación de maltrato; pues ese pretendido informe pericial no deja de ser una prueba personal aunque se haya documentado por escrito, en especial cuando una de las firmantes, según indica el recurso, declaró en el acto del juicio y no lo han hecho en segunda instancia; (así, sentencia del Tribunal Constitucional 2112009, de 26 de enero, FJ. 3, con las que en ella se citan); amén de que, en todo caso el dictamen pericial, máxime en materias como ésta, es una herramienta probatoria para ayudar a formar la convicción del órgano judicial, pero nunca puede sustituirte en esa función (por todas, sentencia del Tribunal Supremo 33912007, de 30 de abril)".

Ni siquiera en el ámbito del Juicio de Faltas es admisible que tras comparecer en Juicio la denunciante y ratificar su denuncia, pida el Fiscal la absolución, y sin traslado para intervenir aquella, se dicte sentencia absolutoria, así lo considera la sentencia nº 371/12, de 9 de junio, de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Granada:

“Tal secuencia del juicio resulta contrario a lo que prescribe el art. 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El juicio de faltas es, ciertamente un proceso penal sencillo, que se desarrolla a través de un procedimiento simplificado y poco formalista. Pero esta simplicidad no puede hacerse equivalente a vulneración de normas legales imperativas sobre su desarrollo y, mucho menos, a olvido del conjunto de derechos procesales de las partes que forman parte del

derecho fundamental al juicio con todas las garantías, del art. 24.2 de la Constitución y al derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, del art. 24.1.

Por ello, no pueden obviarse en él las distintas fases que marca de modo expreso el legislador y que son: lectura de la querrela o denuncia, examen de los testigos convocados y práctica de los demás pruebas “que propongan el querellante, el denunciante y el Fiscal, si asistiere”, audiencia del acu-

sado, examen de los testigos de descargo y práctica de las demás pruebas que ofrezca y que fueren pertinentes y exposición por las partes de sus pretensiones y exposición de palabra en apoyo de ellas, “hablando primero el Fiscal, si asistiere; después el querellante particular o denunciante y, por último, el denunciado”.

La falta de concesión de la palabra a quienes ostenta la condición de partes para exponer sus pretensiones (toda vez que asiste el juicio sin abogado que, en ningún caso, es preceptivo), supone, pues, una vulneración del mandato expreso del párrafo 1º del citado art. 969 de la ley de Enjuiciamiento Criminal que, si ha generado indefensión para alguna de las partes, será causa de nulidad conforme a lo que dispone el art. 238 de la ley Orgánica del Poder Judicial. La indefensión vendría generada, en este caso, por haberse privado a la denunciante, a quien se tuvo implícitamente por parte acusadora, de la posibilidad de formular acusación por las faltas de lesiones de las que alegaba haber sido víctima su hijo.

Como consecuencia, el único medio de restablecer el derecho fundamental vulnerado es ordenar una nueva celebración del Juicio de modo que se respeten en su integridad o las partes, vayan o no al Juicio con abogado, la posibilidad de intervención, de proposición de prueba y de formular pretensiones y sostenerlas que les reconoce el ordenamiento jurídico”.



Llamativo pronunciamiento el contenido en la sentencia nº 317/11, de 12 de abril, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

“En el caso de que se ratificara el hecho probado incorporando la afirmación de que la demanda no obedecía a un crédito real, el Fallo absoluto-

rio por delito de falsedad y de estafa no sufriría modificación alguna: porque de esa rectificación no se seguiría la demostración de que el talón cuyo cobro

se pretendió en el proceso civil hubiese sido abusivamente rellenado después de haberse firmado, y porque demandar en un proceso civil el cobro de un crédito que no existe, no es por sí sólo una maniobra idóneamente engañosa para inducir a error al Juez que ha de resolver a la vista de lo alegado y de lo probado en el proceso contradictorio”.

¿Cómo resolver el supuesto de un proceso derivado de un suceso circulatorio, en el que la compañía aseguradora consignó, y le fueron entregados a la demandante 26.818,20 euros, recibiendo en exceso 14.945,78 euros? Veamos la Sentencia nº 497/12, de 10 de septiembre, de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Elche:

“En nuestro supuesto concurren todos los requisitos para apreciar la figura del enriquecimiento injusto. No cabe culpabilizar del cobro de lo indebido a la demandada, sino al sistema de consignación adelantada, que en supuestos de lesiones con duración superior o los tres meses exige de las aseguradoras, si quieren evitar la imposición de intereses punitivos, una consignación de acuerdo con la previsión que en ese momento puede hacerse sobre la duración de las lesiones, secuelas e incapacidades.

Así, sobre el plazo de tres meses que la LCS impone para el pago de la indemnización, en evitación de intereses moratorios, dispone el art. 9 del RD-Leg. 8/2004 en su apartado b) “Cuando los daños causados a los personas hubiesen de sufrirse por éstas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de la presentación de lo oferta motivado a que se refiere el párrafo a) de este artículo, el órgano jurisdiccional correspondiente, a la vista de los circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise, resolverá sobre la sufi-



ciencia o ampliación de la cantidad ofrecida y consignada por el asegurador, atendiendo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley. Contra la resolución judicial que recaiga no cabrá recurso alguno”.

No siendo la medicina una ciencia exacta, parece lógico que la previsión realizada pueda ser errónea y dar lugar a consignaciones menores o superiores o las adecuadas a realidad de las lesiones que definitivamente se establezcan. Así ha ocurrido en este supuesto. El exceso en la consignación, no solventado en la vía penal, parece elemental que ha de ser devuelto a la aseguradora consignante, que se limitó a adecuar su compor-

tamiento a las prescripciones legales sobre el plazo para el pago y el nacimiento de la mora punitiva.

De no hacerse así, se estaría potenciando justamente lo contrario de lo que pretende la Ley, esto es el pronto pago de las indemnizaciones. Si las previsiones erróneas en cuanto a la duración de las lesiones y posibles secuelas, no se asociasen a la devolución de los excesos en la consignación, se estaría incitando a las aseguradoras a no consignar, ante el riesgo de perder lo indebidamente pagado a las víctimas.

La cuestión de si la consignación se hizo para pago o *ad cautelam* en evitación del pago

de intereses, carece de trascendencia. La finalidad normal de la consignación judicial arts. 1176 a 1181 del CC es el pago. Pero aunque así sea en el supuesto que contempla el art. 9 del RDLeg. 8/2004, el propio precepto parte de la base de que en el momento de realizar-

la no puede hacerse una exacta valoración de los daños, lo que le otorga un carácter interino o eventual a la consignación, condicionado a su adecuación o no a lo valoración definitiva. Tan es así, que declaración de suficiencia o insuficiencia de la consignación no es recurrible.

La razón es clara, no tiene sentido discutir sobre lo que aun no se sabe el alcance que tendrá.

Ninguna justa causa concurre, para que la demandada retenga lo que percibió indebidamente en perjuicio de la aseguradora”.

Formulada solicitud de Diligencias Preliminares frente a Telefónica España S.A.U., el Juzgado de 1ª Instancia de Granada, se abstuvo de conocer indicando a la solicitante que acudiese a los Juzgados en que tenga su domicilio social la demandada. ¿Basta la alegación de que mi letrado reside en otra ciudad para que dejen de emplazarme legalmente en mi domicilio?, a ello responde el Auto N° 158/2012, de 28 de noviembre, de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Granada:

“SEGUNDO.- Basta acudir a la Diligencia obrante en los autos (no foliados, por cierto) para justificar el éxito de la alzada. Si el art. 257-1º de LEC establece un fuero Territorial específico para las Diligencias Preliminares, al señalar que será competente el Juez de primera instancia del do-

micilio de la persona física jurídica que haya de exhibir los documentos requeridos, y el resultado de la Diligencia citada, señala que “manifiesta la oficina de Telefónica, que sus servicios jurídicos se han centralizado en el domicilio social para Andalucía y Extremadura, sito en Sevilla...”.

De ello resulta palmario que existe en Granada oficina de Telefónica, en la C/ Andrés Segovia, 58 de Granada, y por lo tanto, al margen de que sus servicios jurídicos se hayan centralizado en Sevilla, es lo cierto que en Granada existe establecimiento abierto al público (ex art. 51 LEC).



La sentencia nº 230/2012, de 7 de mayo, de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, constituye un excelente ejemplo de que, más allá del “Baremo”, existen otras perspectivas fuera de nuestro país, en la consideración de los perjudicados, el daño indemnizable, o las cifras indemnizatorias, la resolución judicial de un accidente aéreo en Alemania, por colisión de un Boeing y un Tupolev -mediando un controlador suizo- en el que fallecen ciudadanos españoles (en el exterior de España) aplicando derecho ajeno -de los Estados de Arizona, y de New Jersey- propio de los domicilios sociales de los demandados:

“Conforme al Convenio de Haya “la Ley aplicable vendrá determinada por lo que señala el art. 6, es decir, “será aplicable el derecho interno del Estado en donde se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad”, porque los demandantes no han basado su reclamación “en el derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiera producido el daño”, que era la otra opción que les permitía el Convenio”.

“... es de aplicación al presente litigio la Ley del Estado de Arizona respecto la entidad demandada ACSS y la Ley del Estado de New Jersey respecto la entidad Honeywell”.

Y partir de aquí, como el Derecho de esos dos Estados debe ser acreditado, respecto de su contenido y vigencia, conforme establece el artículo 281 LEC, pues el mismo debe sentar las bases para el examen de la cuestión planteada, y debe ser aplicado a los hechos que se consideren acreditados, deben examinarse las diferentes periciales realizadas al respecto”...

“La sentencia de instancia no estima ni los daños de la acción de Supervivencia, reclamados a HONEYWELL, ni los daños punitivos, reclamados a ambas codemandadas, y dicha decisión se comparte.

Ya vimos que la acción de Supervivencia, prevé una compensación para la herencia del

fallecido por los daños sufridos por éste entre el momento del accidente y el de la muerte. Los FAMILIARES de los fallecidos argumentan en su recurso que “es más probable que no que los pasajeros familiares de los demandantes no fallecieran instantáneamente sino que, por el contrario, sufrieran unos primeros segundos de conciencia del accidente momentos antes y después del impacto, y que después perdieran la conciencia, antes de sobrevenirles la muerte”. Sin embargo, se estima correcto el razonamiento de la juez a quo cuando señala que, “en el caso de autos, en que se produce una colisión en el aire entre dos aeronaves que se parten por el impacto y no deja supervivientes, no es posible determinar si efectivamen-

te entre el impacto y la muerte medió algún lapso de tiempo o si los pasajeros fallecieron inmediatamente o perdieron unos segundos la conciencia antes de fallecer. La carga de probar que hubo ese lapso de tiempo, entre la colisión y la muerte, necesario para determinar que en consecuencia hubo dolor y sufrimiento antes de fallecer correspondía a la parte demandante, que no lo ha podido probar, sino que solamente ha realizado hipótesis, que no se pueden considerar suficientes para entender acreditados este tipo de daños”. Añadiríamos nosotros que ser consciente de que se está en una situación de peligro, y ser consciente de que se va a morir en ella son dos cosas muy distintas.



En cuanto a los daños punitivos son desestimados por la juzgadora a quo argumentando que "tanto en el derecho del Estado de Arizona como en el derecho del Estado de New Jersey se conciben los daños punitivos como los causados por una "mente malévolá", que requiere que el demandado haya actuado con intención de dañar al demandante o con una indiferencia gratuita e intencionada para con las personas que podrían resultar dañadas (...), y "no cabe concluir de ningún modo que las demandadas tuvieran ni, por supuesto, intención de dañar ni siquiera indiferencia por la vida de las personas que han resultado dañadas. En consecuencia, no es posible conceder ninguna indemnización por este tipo de daños".

Recordando lo explicitado por los peritos, tanto en el

derecho de Arizona, como en el de New Jersey, para apreciar este tipo de daños es precisa una "mala intención real", no es suficiente con cualquier grado de negligencia, incluida la negligencia grave, debe existir una maldad en los actos. Y consideramos que, si bien la conducta realizada por las demandadas, hasta el momento del accidente que nos ocupa, fue claramente negligente (revistiendo gravedad diseñar y fabricar defectuosamente un producto que no resuelve uno de los escenarios principales para cuya resolución ha sido diseñado; no intentar reparar estos defectos con mayor celeridad; y no advertir correctamente de los problemas en su manual de uso), resulta difícil encajarla en una intencionalidad malévolá. Distinto sería de producirse un accidente en el momento

actual en que los informes son claros y contundentes en la identificación del problema y en las soluciones ya existentes. Por ello, se confirma lo decidido en este extremo por la sentencia de instancia".

"La cantidad de tres millones de dólares es la que se estima adecuada, a abonar al 50% por cada demandada para cada pasajero fallecido. Si bien, en el caso de los demandantes Segundo y Clemencia, que perdieron a sus dos únicos hijos, se fija la indemnización en siete millones de dólares (50% para cada progenitor); para la mandante Leticia, que perdió a su esposo y a su único hijo, que se fija en ocho millones de dólares; y para el demandante Luis Alberto, que perdió a su mujer y a sus dos únicos hijos, se fija en once millones de dólares".

Es muy infrecuente hallar resoluciones judiciales sobre la aplicación de convenios entre compañías aseguradoras, más aun por que suelen suponer la invocación de un contrato ajeno a las partes que pretenden la resolución de una acción de origen extracontractual por cual por culpa derivada de un accidente de circulación. En el presente supuesto singularmente, son dos compañías aseguradoras quienes acuden a la justicia, y el litigio es resuelto en sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Santander Nº 210/2012 de 16 de Noviembre que me facilita el compañero Samuel Pérez del Camino Merino.

"En este sentido resulta oportuno citar el muy reciente Acuerdo de 15 de noviembre de 2012 de Unificación de Criterios y Prácticas aprobado por unanimidad por los Magistrados-Jueces de Primera Instancia de Santander en relación a la aplicación del Convenio Marco de Asistencia Sanitaria derivada de accidentes de tráfico (Sector Privado), que además de considerar que "carece de acción la aseguradora que ha costado el pago de los gastos

asistenciales de los ocupantes del vehículo que asegura para ejercitar la acción de subrogación (art. 43 y 82 LCS) o la de reembolso (art. 1158 CC) -ya sea en virtud del seguro voluntario y obligatorio- (el subrayado es mío) frente a la aseguradora del pretendido responsable, el propietario del vehículo o su conductor, en virtud de la renuncia expresa a la repetición contenido, como cláusula esencial, en la estipulación segunda, regla 5.- "señala seguidamente

que "Al contrario, podrá sostenerse la acción de repetición -según la denominación que se utiliza-, cuando hayan intervenido personas físicas o jurídicas no vinculadas por el Convenio (estipulación segunda, regla 5.1º). Sobre esta conclusión distinguimos: (i) En dicha categoría incluimos -y permitirá la reclamación por repetición de los gastos asistenciales abonados por la aseguradora- a los centros sanitarios no adheridos al mismo. No obstante, ello exigirá que la aseguradora que repite justifique que de forma diligente informó a los lesionados de los centros sanitarios concertados donde debían de recibir asistencia" (de nuevo el subrayado es mío), lo cual resulta absolutamente lógico teniendo en cuenta, por una parte, la necesidad de evitar conductas fraudulentas encaminadas a ludir la aplicación del convenio, y por otra los criterios de atribución de la

carga de la prueba en relación con el de la facilidad probatoria (art. 217.7 LEC), pues es evidente que la aseguradora tiene la disponibilidad de conocer los motivos por los que el paciente no acudió a un centro adherido y la vía de comunicación

necesaria para recabar su testimonio sobre el particular, de todo lo cual carece la aseguradora contraria, siendo además lógico que incumba a quien alega una excepción, y que la misma no fue buscada en términos contrarios a la buena fe,

bastando en cambio a la aseguradora contraria apelar al cumplimiento de las estipulaciones generales del contrario.

Por todo ello procede la íntegra desestimación de la demanda”.

La Sentencia Nº 201/2012, de 12 de noviembre, del Tribunal constitucional fija -nítidamente, según declara- los límites de enjuiciamiento del recurso de apelación, y rechaza la exégesis que la sentencia objeto de amparo realiza de estos, y de su doctrina constitucional, y ello es destacable por que la resolución que deslegitima responde a un uso muy extendido actualmente:

“... Como ha sido enfatizado, a partir de las citadas SSTC 184/2009 y 45/2011, y a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hemos trazado una delimitación, nítida al menos en el plano teórico, entre el ámbito de decisión relativo a la valoración de la prueba y fijación de los hechos probados, para el que resultará insoslayable la audiencia personal del acusado y, en su caso, de otros testigos, y aquellos pronunciamientos que quedan circunscritos a la calificación jurídica del hecho, que pueden ser resueltos por el órgano ad quem sin necesidad de celebrar vista oral. Atendiendo ahora a los concretos motivos de apelación formulados por el demandante de amparo, si bien el primero de ellos suponía una revisión de la prueba -para lo que sí hubiera sido precisa la audiencia al acusado-, el segundo estaba fundado en un error en la calificación jurídica de los hechos, considerando el apelante que, con independencia de lo alegado en el motivo anterior, los hechos que habían sido declarados probados debían, en todo caso, ser calificados al menos como una imprudencia simple, derivándose de ello la condena del acusado por delito de homicidio imprudente.



De lo anterior se deriva que la Audiencia Provincial de Albacete omitió dar respuesta a una pretensión impugnatoria cuyo enjuiciamiento, en la medida en que estaba restringido a revisar la calificación jurídica de los hechos probados, no precisaba de audiencia personal al acusado ni de celebración de vista oral, y que tal omisión vino fundada en una interpretación errónea de la doctrina constitucional y de los preceptos que regulan el recurso de apelación penal; error que trasciende el pla-

no de la irrelevancia constitucional y que debe calificarse como manifiestamente irrazonable y lesivo, por ello, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto dicha interpretación -tal como la propia Audiencia Provincial de Albacete manifiesta en la Sentencia impugnada- conlleva la completa abrogación de las posibilidades de recurrir en apelación por las partes acusadoras, opción que no puede considerarse acorde con el sistema de recursos vigente en la actualidad”.

La Asociación de usuarios de bancos, cajas de ahorros y seguros de España, presentó demanda de diligencias preliminares contra el BBVA, en cuyo suplico solicitaba que se ordenara a esa entidad financiera entregar a la Asociación de usuarios de bancos, cajas de ahorros y seguros de España listados de clientes con sus datos personales e indicación de si habían contratado determinados productos financieros (los demandantes de amparo habían contratado con el BBVA algunos de dichos productos financieros), el Juzgado de Primera Instancia lo acordó –ampliamente– mediante auto; promovido incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto solicitando, instando se acordara su revocación, y la suspensión del Auto hasta la resolución del incidente de nulidad de actuaciones, no se les tuvo por parte, ni personadas, e interpuesta reposición, el Juzgado resolvió no haber lugar a la admisión toda vez que no eran parte en las actuaciones; los demandantes de amparo, conocido por la prensa un nuevo auto, se opusieron a que el Juzgado entregara sus datos de carácter personal a la Asociación de usuarios y solicitaron que se eliminaran sus datos de carácter personal de la base de datos que, en su caso, hubiera entregado BBVA. Este escrito se acompañó de una petición formal de cancelación y oposición de los datos de carácter personal firmada por cada uno de los demandantes de amparo. La Sentencia 219/2012, de 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional, que lo resuelve, habida cuenta el “sentir actual” no será muy popular, pero, al otorgar amparo, sin duda tutela.

“... Descendiendo a las circunstancias del presente caso, está fuera de toda duda que en el procedimiento de diligencias preliminares se planteó una cuestión que afectaba directamente a los demandantes de amparo, pues eran sus datos personales los que la entidad BBVA tenía que poner a disposición de la Asociación de usuarios de bancos, cajas de ahorros y seguros de España. Asimismo, es notorio que la comunicación de datos personales de clientes puede entrañar una lesión del derecho a la protección de datos de carácter personal. Y no lo es menos que tal derecho confiere a su titular ex art. 24.1 CE un indiscutible interés legítimo en el acceso a los procedimientos judiciales en los que pueda verse menoscabado el mismo.

La providencia de 30 de noviembre de 2010 estimó que “una simple afectación tangencial de lo acordado en las diligencias preliminares no les daba derecho a la personación”. Sin embargo, el Auto de 20 de octubre de 2010, frente al que se interpuso el correspondiente incidente de nulidad de actuaciones, no afectaba de forma “tangencial” a los recurrentes, sino de forma nuclear y direc-

ta al contenido del derecho a la protección de datos personales, tal como sostienen los recurrentes en su demanda y ha sido reconocido en la STC 96/2012, de 7 de mayo. En consecuencia, la providencia recurrida, al negar a los recurrentes su derecho a la personación, realizó una interpretación del concepto de interés legítimo irrazonable en la medida en que se negaba dicho interés a quienes eran titulares de los datos personales cuya cesión fue acordada por la resolución impugnada.

La lesión del derecho a la tutela judicial efectiva es también imputable a las providencias de 20 y 22 de diciembre de 2010. La primera de ellas, como se ha expuesto en los antecedentes, denegó la admisión del recurso de reposición interpuesto por los demandantes contra la anterior providencia de 30 de noviembre de 2010, al entender el órgano judicial que la decisión de no tenerles por parte en el proceso impedía la admisión del recurso de reposición. De este modo, la inadmisión del recurso por la razón alegada reitera la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes, pues impidió combatir la de-

cisión inicial de denegación de su personación. Por último, la providencia de 22 de diciembre de 2010, ni siquiera dio curso al escrito presentado por los demandantes mediante el que pretendían ejercitar su derecho de cancelación y oposición al tratamiento de sus datos de carácter personal sobre la base de la previa denegación de personación. Esta decisión vulneró nuevamente el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes en amparo.

4. Por cuanto antecede, procede otorgar el amparo a los demandantes y, de conformidad con el art. 55 LOTC, restablecerles en su derecho mediante la anulación de las providencias impugnadas, pero sin retroacción de las actuaciones procesales al momento en que se causó la lesión del art. 24.1 CE apreciada, pues habiendo dictado el órgano judicial una nueva resolución (Auto de 23 de mayo de 2012) coincidente con la pretensión de los demandantes de rechazo de la medida preliminar solicitada por la Asociación de usuarios de bancos, cajas de ahorros y seguros de España, por razones de economía procesal es preciso mantener la eficacia de esta última resolución”.

entrevista a...

LUTZ CARLOS MORATINOS MEISSNER



por M^a Carmen Ruiz-Matas Roldán

Nació el 30 de abril de 1968 en Madrid. Completó su carrera de Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y la Universidad del Sarre (Alemania) entre los años 1987-1992. Posteriormente, realizó el máster en Derecho Europeo (1995), a la vez que adquiría la pasantía alemana (1992-1995), y se colegiaba como abogado en los colegios de Hamburgo (1996) y Madrid (1997). En la actualidad, es socio del bufete Simon und Partner (Hamburgo/Alemania) y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas.

En primer lugar, quiero aprovechar la ocasión para preguntarle cómo conoció nuestra Asociación y cómo fue su primer contacto con la misma

Conocí a su Asociación a través de diferentes artículos publicados en su revista y mi primer contacto fue con su presidente, don Mariano Medina Crespo y con su secretario general don Javier López y García de la Serrana, con el que contacté para que expusiera una ponencia en el congreso anual de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas de 2012, celebrada en la ciudad alemana de Bamberg.

Sabemos que participará en el próximo I Congreso Internacional sobre Derecho de Daños que se celebrará en Granada en el mes de marzo, junto a un elenco de profesionales en la materia, y que en cuya organización ha participado la Asociación Española de Abogados Especial-

lizados en RC y Seguro. Puede adelantarnos ¿cuál es su propósito a raíz de ponencia que ha elegido?

Pretendo y espero, poder cumplir con las expectativas, que no son otras que hacer una exposición sobre la valoración del daño en la legislación y jurisprudencia alemana, con especial enfoque en la reclamación de daños por residentes en estados distintos al lugar del accidente ante los tribunales de su país. En concreto, quiero centrarme especialmente en la aplicación del baremo español por tribunales alemanes.

La distribución de competencia jurisdiccional en accidentes donde intervienen distintas nacionalidades siempre ha sido un asunto de litigiosa solución, ¿cree que actualmente contamos con una normativa internacional que da solución pacífica al asunto?

Tenemos una normativa internacional que puede ayudar a que sea así. No obstante, existen también elementos que no necesariamente contribuyen a mitigar las discrepancias existentes en las normativas nacionales en relación a establecer qué tipo de daños deben restituirse y cuáles no.

Centrándonos en el caso concreto de España y Alemania, ¿qué problemas puede encontrarse con un lesionado nacional alemán a la hora de ver resarcido su lucro cesante conforme a la normativa española? ¿cree que será indemnizado debidamente en base al daño patrimonial sufrido?

En los accidentes de circulación, el principal problema sería la aplicación de la normativa española. A fecha de hoy, no considero que en España se indemnice debidamente en base al daño patrimonial sufrido, ya que no se aplica en consecuencia el principio de resarcimiento total del daño establecido en el art. 1.902 CC. Según mi criterio, el TS debería abordar esta discordancia entre normativa civil y la situación jurídica creada a partir de la introducción de la normativa específica en los accidentes de circulación con más claridad y rotundidad.

En cuanto a la comparativa de legislación en materia de daños en España y Alemania ¿cuáles son las diferencias más destacables según su criterio?

Básicamente en cuanto a accidentes de tráfico, la existencia del “baremo” en la legislación española y la inexistencia de esta regulación en la normativa alemana, que se rige según la nor-



mativa general civil y la doctrina de los tribunales alemanes, especialmente en cuanto a la determinación de los daños inmateriales.

Por último y aún siendo consciente de la complejidad del planteamiento ¿cree posible la armonización o unificación de criterios para la valoración del daño a nivel europeo?

Las legislaciones nacionales en los países de la UE tienen en común el concepto de reparación del daño sufrido. Si partimos de esta idea, es posible con ayuda de los legisladores unificar los criterios de valoración del daño, evitando así resultados dispares según qué legislación es aplicable. Para entendernos, no es de recibo que el lesionado, dependiendo del lugar del accidente –y mucho más cuando no tiene culpa en el mismo–, reciba o no una indemnización o ésta difiera sustancialmente.

noticias y actividades



→ JORNADA 50º ANIVERSARIO DE LA LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGURO EN LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS A MOTOR. MADRID 29 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 2012

Los pasados días 29 y 30 de noviembre se dieron cita en Madrid más de un centenar de profesionales del sector asegurador directa o indirectamente vinculados a la problemática específica del Derecho de la Circulación en general y, en particular, a la valoración del daño corporal, para participar en la Jornada celebrada con motivo del 50 ANIVERSARIO DE LA

LEY RCSCVM, organizado por INESE y la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Se trató de un encuentro de gran importancia, para el que se contó con los más destacados especialistas en la materia, entre ellos el presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo D. **JUAN ANTONIO XIOL RÍOS** que impartió una ponencia sobre “El lucro



cesante: Su evolución desde la LRCSCVM de 1962, así como su futuro inmediato tras la Sentencia del TS de 25 de marzo de 2010 y posteriores. También intervino D. **ÁNGEL ILLESCAS RUS**, magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, con una ponencia sobre “El título ejecutivo del artículo 13 de la LRCSCVM: Evolución desde su creación hasta nuestros días y la difícil justificación de su actual permanencia”.

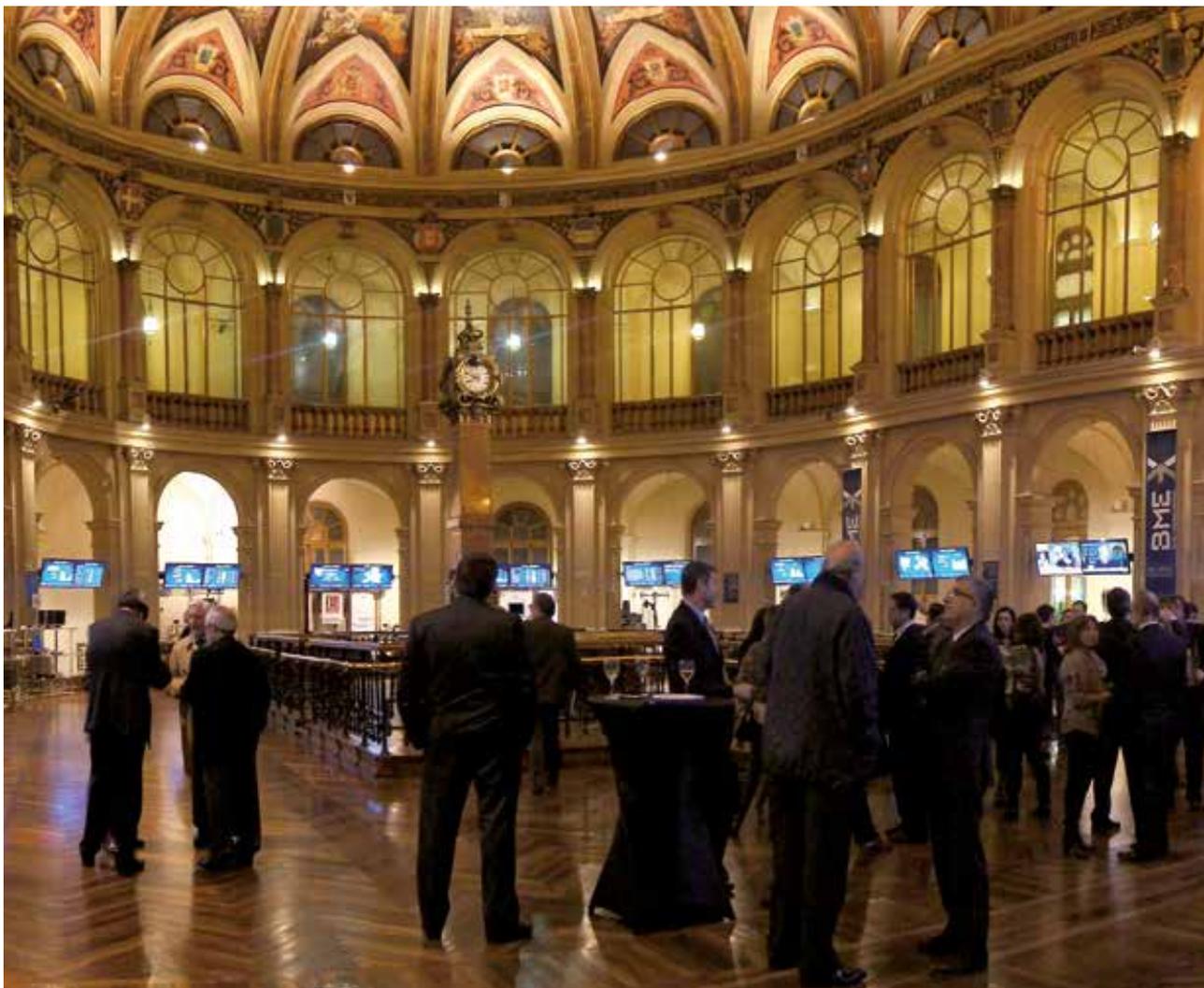


En tercer lugar, intervino D. **JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA**, abogado, doctor en Derecho y secretario general de la Asociación Española de Abogados Especializados en

RC y Seguro, con una ponencia que trataba de la “Acción directa contra la aseguradora: Su evolución desde la LRCSCVM de 1962, su traslación a la Ley de Contrato de Seguro y su actual problemática sobre la competencia jurisdiccional en supuestos de Administraciones Públicas”.

En cuarto lugar intervino D. **MARIANO MEDINA CRESPO**, abogado, doctor en Derecho y presidente de la Asociación Española de Abogados Especializados en RC y Seguro, con una ponencia sobre “La fuerza mayor extraña a la conducción: Causa de exoneración incluida en la LRCSCVM





Los asistentes al congreso pudieron acceder al parquet de la bolsa de Madrid y conocer su funcionamiento.

de 1962 y su más que actual vigencia". Y como último ponente D. **MIQUEL MARTÍN CASALS**, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Girona y presidente de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema de Valoración de los Daños y Perjuicios causados por accidentes de tráfico, cuya ponencia trato de: "Últimos avances en la reforma prevista del sistema legal valorativo incluido en la LRCSCVM por la Ley 30/85". Para finalizar la jornada se celebró una mesa redonda sobre la reforma del baremo en la que participaron D. **MANUEL MASCARQUE MONTAGUT**, director de Seguros Generales de UNESPA y miembro de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema de Valoración de los

Daños y Perjuicios causados por accidentes de tráfico, D. **JOSÉ PÉREZ TIRADO**, abogado, portavoz de las Asociaciones de Víctimas de Accidentes de Tráfico en la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema de Valoración de Daños y Perjuicios causados por

accidentes de tráfico y D. **JOSÉ ANTONIO BADILLO ARIAS**, director de la revista RC como moderado. Como guinda a la Jornada se celebró una magnífica cena conmemorativa en el Palacio de la Bolsa de Madrid, junto con una visita guiada por sus dependencias.



En el más antiguo de los salones del Palacio de la Bolsa de Madrid.

PRESENTACIÓN DE LA ASOCIACIÓN ANTE LA COMISIÓN DE JUSTICIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Nuestra Asociación fue presentada a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados el pasado 29 de noviembre, teniendo lugar una amplia reunión en uno de los salones del Palacio de las Cortes, a la que asistieron el propio presidente de dicha Comisión de Justicia del Congreso, el Diputado **ALFREDO PRADA PRESA**, el portavoz del Partido Popular en la Comisión de Justicia, **JOSÉ MIGUEL CASTILLO CALVÍN**, el portavoz del Partido Socialista Obrero Español, **ÁLEX SÁEZ JUBERO**, así como la secretaria de la Comisión de Justicia, entre otros miembros. Por parte de la Asociación asistieron la práctica totalidad de la Junta Directiva, así como la subdirectora de nuestra revista, **M^a CARMEN RUIZ-MATAS ROLDÁN**, el coordinador del servicio de arbitraje de nuestra Asociación, **ANTONIO RAVENTÓS RIERA**, y el coordinador de nuestra Asociación con las distintas asociaciones de víctimas de accidentes de circulación, **JOSÉ PÉREZ TIRADO**.

En dicha reunión intervinieron el presidente de nuestra Asociación, **MARIANO MEDINA CRESPO**, así como el secretario general de la misma, **JAVIER LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA**, que presentaron la labor realizada en estos más de 11 años de vida, regalándole a cada uno de los miembros de la Comisión de Justicia asistentes un libro de ponencias del último Congreso Nacional celebrado en Cádiz, así como un ejemplar del último número de nuestra revista y esbozándoles los fines de nuestra Asociación reflejados en el artículo 3 de nuestros Estatutos,

por el que “la Asociación brindará su colaboración para intervenir en el estudio de normas en proyecto, y emitir informes en el proceso de elaboración de disposiciones de carácter general”. El presidente de la Comisión, el Diputado **ALFREDO PRADA PRESA**, felicitó a la Asociación por la labor desarrollada durante todos estos años, agradeciéndonos la presentación realizada ante la referida Comisión de Justicia y manifestando su intención de tener siempre muy presente nuestras aportaciones y peticiones.



Javier López García de la Serrana y Mariano Medina Crespo, Secretario General y Presidente respectivamente de nuestra Asociación, saludando a Alfredo Prada Presa, Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO



Accidentes de Circulación: Responsabilidad Civil y Seguro

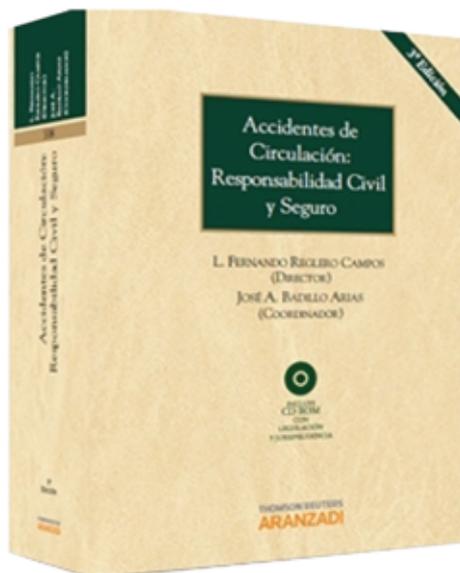
L. Fernando Reglero Campos (Dir.)
José Antonio Badillo Arias (Coord.)

• No ha sido fácil actualizar una obra que pronto se convirtió en referencia doctrinal de cuantas se han publicado en España acerca de la responsabilidad civil automovilística y su seguro. Sin duda, su autor, el profesor Fernando Reglero Campos, ha sido uno de los maestros de la responsabilidad civil y, en concreto, de la derivada de la circulación de vehículos. La última edición salió a la luz a finales de 2007, y a los pocos meses, un desgraciado accidente de espeleología provocó prematuramente su muerte.

Este libro, con todo su rigor y relevancia, sigue perteneciendo por entero al profesor Reglero. Nuestro objetivo principal ha sido recoger los cambios habidos en la legislación, doctrina y jurisprudencia, desde finales de 2007 hasta nuestros días. De este modo, hemos intentado mantener la identidad de la obra, respetando las opiniones doctrinales de su autor, haciendo, en su caso, mínimos juicios valorativos a determinadas cuestiones que se han ido suscitando a lo largo de estos años.

A nivel legislativo, la segunda edición recogía la reforma llevada a cabo por la Ley 21/2007, de 11 de julio, que modificó sustancialmente la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, para adaptar la V Directiva de Automóviles. Por tanto, no ha habido reformas legislativas posteriores significativas, que afecten a la materia principal de la obra, salvo el Reglamento del Seguro Obligatorio de Automóviles, que fue aprobado por el Real Decreto 1507/2008, de 12 septiembre. Existen otras reformas legislativas de menor calado, que también hemos tenido en consideración, como la Directiva Codificada 2009/103/CE en materia de Responsabilidad de Automóviles, las distintas Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, en las que se actualiza el baremo, las reformas procesales, Convenios internacionales, Reglamentos Comunitarios, etc.

Más importancia presenta, si cabe, a efectos de justificar la necesidad de actualizar esta obra, las innumerables resoluciones judiciales que se han dictado durante estos años, en particular, por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.



Esta abundancia de pronunciamientos por parte del Alto Tribunal tiene una explicación legislativa evidente. Desde el año 2000, tras la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que tácitamente derogó el antiguo juicio verbal del automóvil, los accidentes de circulación, si se dan los presupuestos necesarios, tienen acceso al recurso de casación. Teniendo en consideración el tiempo de tramitación de estos recursos, ha sido, sobre todo, a partir del año 2007, cuando la Sala 1ª ha tenido ocasión de pronunciarse sobre distintos temas relacionados con esta materia, enriqueciendo así el planteamiento y la solución de tantas y tan variadas cuestiones generadas en el seno de una disciplina, la responsabilidad civil automovilística, caracterizada por su elevada casuística.

En concreto, el sistema de valoración de daños personales en accidentes de circulación ha sido objeto de sentencias de la Sala 1ª, algunas muy controvertidas, en las que, en ocasiones, se llega a hacer una interpretación forzada del mismo. Es el caso paradigmático del resarcimiento del lucro cesante, según el criterio inaugurado con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 y seguido por otras muchas. Y es que el llamado baremo tiene ya 17 años, suficientes para haber sido modificado, a fin de adaptarlo a la realidad de nuestros días y corregir determinadas deficiencias que el tiempo ha puesto de manifiesto, como pueden ser el tratamiento resarcitorio de los grandes lesionados o, sin ir más lejos, el del lucro cesante al que acabamos de hacer alusión. Nos ha parecido oportuno recoger de forma sistemática esta doctrina de la Sala 1ª que, a buen seguro, será tenida en cuenta por la comisión de expertos que actualmente tiene en sus manos la redacción de un futuro baremo.

Por lo demás, el libro mantiene la misma estructura que tenía en las ediciones anteriores, constando de nueve capítulos, en los que se analizan todas las cuestiones más relevantes que afectan a la responsabilidad civil automovilística y a su seguro, desde una óptica jurídico-privada.

14
jueves **marzo**

16.15 h. **Presentación del Congreso**

17.00 h. **PONEENCIA DE INAUGURACIÓN**
"La RC en los accidentes laborales.
Última doctrina jurisprudencial"
D. José Manuel López y García de la Serrana
Magistrado del Tribunal Supremo

RESPONSABILIDAD CIVIL AUTOMOVILÍSTICA

18.00 h. **2ª PONEENCIA**
"Las sentencias del TS de 10 de diciembre de
2009 y 13 de septiembre de 2012 sobre
transmisión hereditaria del crédito resarcitorio"
D. Mariano Medina Crespo
Abogado. Presidente de la Asociación Española de
Abogados Especializados en RC y Seguro

19.00 h. **MESA REDONDA**
"La RC automovilística"
D.ª Maravillas Barrales León
Magistrada de la Sección 1ª de la AP de Granada
Valoración de la incapacidad permanente parcial
D. Francisco Sánchez Gálvez
Magistrado. Juez Decano de Granada
La ponderación de los informes médico-periciales
D. Enrique Pinazo Tobes
Magistrado de la Sección 3ª de la AP de Granada
El Lucro cesante por incapacidad permanente

21.00 h. **RECEPCIÓN** en el Carmen de los Mártires.
Cóctel de Bienvenida

15
viernes **marzo**

RESPONSABILIDAD CIVIL GENERAL

09.30 h. **3ª PONEENCIA**
"La Responsabilidad Civil por defectos y
vicios constructivos. Última doctrina"
D. Antonio Ortí Vallejo
Catedrático de Derecho Civil de la UGR

10.30 h. **4ª PONEENCIA**
"Productos y servicios defectuosos: la
responsabilidad por falta de información"
D. Miguel Pasquau Linao
Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJA

11.30 h. Pausa café

12.00 h. **5ª PONEENCIA**
"La RC de los administradores de sociedades
insolventes. Propuesta de reforma de la LC"
D. Mariano Yzquierdo Tolsada
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad
Complutense de Madrid

13.00 h. **6ª PONEENCIA**
"Cómo repensar la llamada Responsabilidad
Civil derivada de delito"
D. Fernando Pantaleón Prieto
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad
Autónoma de Madrid

17.00 h. **7ª PONEENCIA**
"El retorno de la culpa como eterno criterio de
la Responsabilidad Civil"
D. Juan Antonio Xiol Ríos
Presidente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

DERECHO DE DAÑOS COMPARADO

18.00 h. **8ª PONEENCIA**
"Derecho comparado en materia de valoración
del Daño Corporal y su aplicación en España"
D. José Pérez Tirado
Abogado

19.00 h. **9ª PONEENCIA**
"La reclamación en España de los daños
derivados de accidentes de circulación
ocurridos en Alemania y el caso inverso"
D. Lutz Carlos Moratín Meissner
Rechtsanwalt & Abogado

21.00 h. **Cóctel de Clausura**

683 Upper Club
24.00 h. **Concierto ROCKPOPOP**
683 Upper Club

16
sábado **marzo**

11.00 h. **Comunicaciones**

12.30 h. **Conclusiones de los Directores del Congreso**
D. Javier López y García de la Serrana
D. Juan Miguel Ossorio Serrano
D.ª Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia

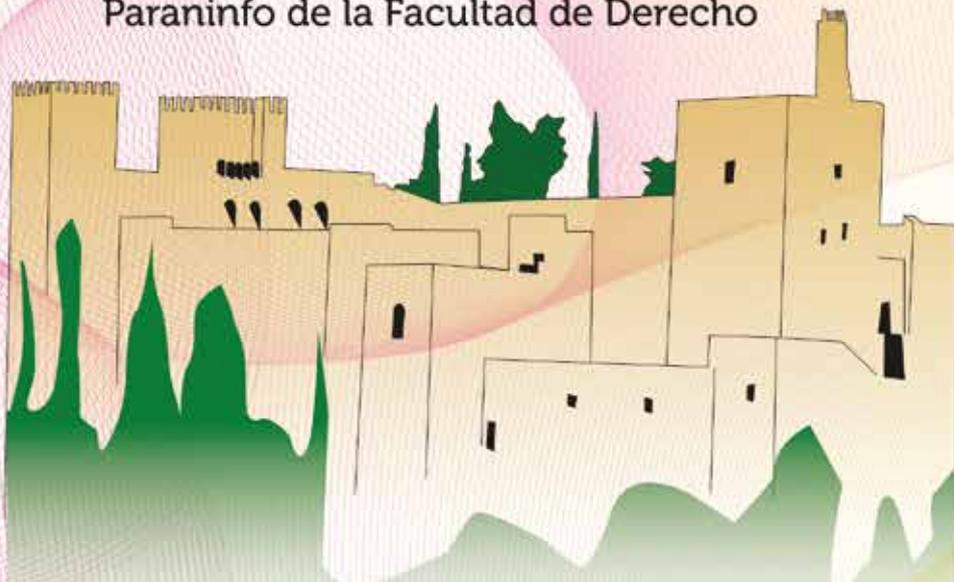
13.00 h. **PONEENCIA DE CLAUSURA**
"La valoración del daño corporal en Argentina"
Dr. Diego C. Sánchez, Magistrado de la Cámara
Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina

14.00 h. **Acto de clausura**
D. Francisco González Lodeiro
Rector Magnífico de la Universidad de Granada

Congreso Internacional sobre Derecho de Daños

**Granada 14, 15 y 16
marzo | 2013**

Paraninfo de la Facultad de Derecho

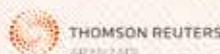


ORGANIZAN:



Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE GRANADA

PATROCINAN:



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE
ABOGADOS
ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGURO

ISSN 1887-7001



9 771667 700010

Inscripción:
902 361 350

www.asociacionabogadosrcs.org

RESERVAS ALOJAMIENTO EN
www.granadaonline.es